Sind die Vorschriften des B. G. B. über Unmöglichkeit der Leistung und Verzug anwendbar auf Leistungen, die in einem Unterlassen bestehen?

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät

der

Grossherzoglich Mecklenburgischen Landesuniversität zu Rostock

vorgelegt

von

AGAD. LUBD. BAT. BIBL.

Richard Treitel
Kammergerichtsreferendar.

BERLIN.
1902.

Meinen Eltern

in Liebe und Dankbarkeit.

Litteraturverzeichnis.

1. **Biermann,** Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung im bürgerlichen Recht (im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 91).
2. **Cosack,** Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I. 1900.
3. **Dernburg,** Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des deutschen Reichs und Preussens. 1899.
4. **Endemann,** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Band, 3. Teil. 1902.
5. **L. Enneccerus,** Das Recht der Schuldverhältnisse. 1901.
6. **Gaupp-Stein,** Die Civilprocessordnung. 1898.
7. **Kämpfe,** Der Einfluss nachfolgender Unmöglichkeit der Leistung auf obligatorische Rechtsverhältnisse nach gemeinem Rechte und nach dem Rechte des B. G. B. Freiburger Diss. 1901.
8. **Kaufmann,** Kommentar und Institutionen des B. G. B. 1901.
9. **Kisch,** Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen. 1900.
10. **Kleineidam,** Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem B. G. B. 1900.
11. **Kleineidam,** Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre des B. G. B. (In Iherings Jahrbüchern, Band 43, Heft 1. 1901.)
12. **Kohler,** 12 Studien zum bürgerlichen Gesetzbuch. I. (Im Archiv für bürgerliches Recht, Band 12.)
13. **Kohler,** Ungehorsam. (Im Archiv für die civilistische Praxis, Band 80.)
14. **Landsberg,** Die sog. Kommissivdelikte durch Unterlassung im deutschen Strafrecht. 1890.
15. **von Liszt,** Deutsches Strafrecht. 1900.
16. **Friedrich Mommsen,** Beiträge zum Obligationenrecht. I.: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse. 1853. (Citiert Mommsen I.)
17. **Fr. Mommsen,** Die Lehre von der *mora* nebst Beiträgen zur Lehre von der *culpa*. 1855. (Citiert Mommsen II.)
18. **Motive** zum Entwurf eines B. G. B. Band I und II.
19. **Oertmann,** Kommentar zum B. G. B. Das Recht der Schuldverhältnisse. 1899.
20. **Planck,** Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Kommentar II. Das Recht der Schuldverhältnisse. 1898.

21. **Protokolle** der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des B. G. B.
22. **Rehbein,** Das bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. 1. Lieferung des 2. Bandes. 1902.
23. **Scherer,** Kommentar II. Das Recht der Schuldverhältnisse. 1899.
24. **Schollmeyer,** Kommentar zum B. G. B. 1 Lieferung. 1899.
25. **Stammler,** Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.
26. **Titze,** Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. 1900.
27. **Ubbelohde,** Die Lehre von den unteilbaren Obligationen 1862.
28. **Wendt,** Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht. Im Archiv für die civilistische Praxis, Band 92.)
29. **Wendt,** Lehrbuch der Pandekten. 1888.
30. **Windscheid,** Pandekten. II. Band. 1875.

Inhalt.

Erster Hauptteil.

I. Kapitel.

Das Unterlassen.

Seite

§ 1 Muss die rechtsgeschäftlich versprochene Unterlassung einen Vermögenswert haben? 7
§ 2. Der Begriff des Unterlassens 10
§ 3. Die Kausalität der Unterlassung (in Beziehung auf das Thema) 12
§ 4. Sind Unterlassungsverbindlichkeiten an die Person des Schuldners geknüpft? 13
§ 5. Durch welche Rechtsgeschäfte können Verpflichtungen zum Unterlassen begründet werden? 16

Zweiter Hauptteil.

II. Kapitel.

A) Die Unmöglichkeit.

§ 6. Der Begriff der Unmöglichkeit 17
§ 7. Anfängliche und nachfolgende Unmöglichkeit 27
§ 8. Vollständige und teilweise Unmöglichkeit 29

B) Die Unmöglichkeit der Unterlassung.

§ 9. Bedeutung des Begriffs der Unmöglichkeit der Unterlassung . 34
§ 10. Der Einfluss der Unmöglichkeit auf Unterlassungsverbindlichkeiten 38
§ 11. Die Unmöglichkeit der Unterlassung bei gegenseitigen Verträgen 43

Dritter Hauptteil.

III. Kapitel.

Das Verschulden.

§ 12. Der Begriff des Verschuldens im B. G. B. 53
§ 13. Die Verschuldung bei Unterlassungsverbindlichkeiten 58

IV. Kapitel. Seite

A) Der Verzug des Schuldners.

§ 14. Begriff und Voraussetzungen des Verzugs 60
§ 15. Der Verzug bei Unterlassungsverbindlichkeiten 63

B) Der Verzug des Gläubigers.

§ 16. Ist Verzug des Gläubigers bei Unterlassungsverbindlichkeiten denkbar? 70

Anhang.

§ 17. Unmöglichkeit und Verzug 71

I. Kapitel.

Der Begriff des Unterlassens.

In der gemeinrechtlichen Doktrin galt ebenso wie jetzt nach B. G. B. § 241 der Satz: Kraft eines Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern.

Der Begriff Leistung umschloss positive und negative, d. h. auf ein Thun oder auf ein Unterlassen gerichtete Leistungen. Aber wie Wendt[1]) treffend bemerkt, das Unterlassen figuriert hier wie dort mehr als möglicher Fall, als ein Beispiel. Genauere Untersuchungen darüber, ob die allgemeinen Regeln des Obligationenrechts auf das Unterlassen in gleicher Weise wie auf das Thun Anwendung finden, sind bis auf Wendts zitierte Abhandlung nicht angestellt worden. Im folgenden soll untersucht werden, ob die Vorschriften des B. G. B. über Unmöglichkeit der Leistung und über Verzug Anwendung finden auf Leistungen, die in einem Unterlassen bestehen.

§ 1. Muss die rechtsgeschäftlich versprochene Unterlassung einen Vermögenswert haben?

Bevor wir auf den Begriff der Unterlassung eingehen, wollen wir zunächst den weitergehenden Begriff der Leistung kurz betrachten. Daraus wird es sich ergeben, wie das „Unterlassen" geartet sein muss, um Gegenstand eines Forderungsrechts zu sein. Es handelt sich da um die schon in der ge-

[1]) Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht. (Archiv für die civilistische Praxis, B. 92, § 1.)

meinrechtlichen Wissenschaft viel umstrittene Frage, ob die Leistung einen Vermögenswert[2]) haben müsse.

1. Die bisher herrschende Lehre nahm das an. Im B. G. B. ist es nicht ausdrücklich gefordert. Das Schweigen beruht jedoch nach der Entstehungsgeschichte auf der ausgesprochenen Absicht, das Erfordernis des Vermögensinteresses fallen zu lassen.[3])

Diese Festlegung eines gesetzgeberischen Gedankens, der aber nicht Gesetz geworden ist, hat natürlich nur die Bedeutung einer wissenschaftlichen Meinung. Sie ist in keiner Weise geeignet, den Streit zu schlichten.

2. Ein Teil der Schriftsteller fordert nach wie vor Vermögensinteresse (z. B. Endemann,[4]) Oertmann,[5]) Dernburg[6]). Die Meisten jedoch teilen den den gesetzgeberischen Vorarbeiten zu Grunde liegenden Gedanken. Und das mit Recht.

Wenn Endemann[7]) meint, es sei keine Veranlassung, die überkommene Auffassung fallen zu lassen, „es handle sich um einen aus dem Gesamtinhalt der Ordnung des bürgerlichen Rechts erworbenen Erfahrungssatz", so wird das als eine *petitio principii* von den Gegnern[8]) angefochten. Die Streitfrage war schon zur Zeit des gemeinen Rechts vorhanden gewesen. Das Erfordernis des Vermögensinteresses war bestritten gewesen und dem gegenüber gewinnt das Schweigen des B. G. B. einen positiven Inhalt. Dann wird weiter angeführt, dass man eine so wichtige Beschränkung der Vertragsfreiheit nur dann anerkennen könnte, wenn irgend eine positive Bestimmung darüber vorhanden wäre.

---

[2]) Ueber die Erweiterung des Begriffs „Vermögensinteresse" vergleiche Kohler, 12 Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch: I. Das Obligationsinteresse (im Archiv für bürgerliches Recht B. 12).

[3]) Motive II. S 3. Protokolle S. 281. „Der dem Entwurf zu Grunde liegenden Auffassung sei darin zuzustimmen, dass ein Vermögensinteresse auf Seiten des Gläubigers zum Wesen der Obligation nicht gehöre."

[4]) Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 8. Aufl. 1902. S. 626.

[5]) Oertmann, Kommentar zum B. G. B. 1899. § 241, A. 1b.

[6]) Dernburg, Das bürgerl. Recht II, 1. I. u. II. Aufl. 1899. § 84.

[7]) a. a. O. S. 628.

[8]) Vgl. Wendt, a. a. O. S. 43.

Nun giebt es einzelne Bestimmungen, in denen Ansprüche und Verbindlichkeiten und darauf gerichtete Rechtsverhältnisse vom Dasein eines Vermögensinteresses abhängig sind; doch diesen stehen solche gegenüber, in denen auch jedes sonstige berechtigte Interesse (ausser dem Vermögensinteresse, vgl. § 343) geltend gemacht werden kann. Das sind Einzelbestimmungen, die eine Verallgemeinerung nicht zulassen.

Auf dieser Grundlage leitet Wendt[9]) in überzeugender Weise aus der Art der Verwendung des Begriffs „Leistung" im B. G. B.[10]) ab, dass nach bürgerlichem Recht von dem Vorhandensein eines Vermögensinteresses bei Schuldverhältnissen abstrahiert werden muss. „Leistung ist also überhaupt nur ein Verhalten der Person, und die Verpflichtung zur Leistung sagt nicht mehr, als was für den Anspruchsbegriff im § 194 formuliert ist, ein Thun oder ein Unterlassen. Es wird also zu sagen sein, dass § 241 in Uebereinstimmung mit § 194 in Kürze hätte lauten können: „berechtigt, vom Schuldner ein Thun oder Unterlassen zu verlangen." Wendt sieht also im Anschluss an die Motive im Worte Leistung einen Formalbegriff, der Thun und Unterlassen umschliesst. Aus dieser Verwendung geht hervor, dass der Begriff „Leistung" selbst einen die Vertragsfreiheit in so erheblicher Weise beschränkenden Inhalt nicht hat.

3. Doch damit ist die Streitfrage nicht erledigt. Es wird

---

[9]) a. a. O. S. 45.

[10]) Vgl. Motive II. 5. „Als Gegenstand eines Schuldverhältnisses bezeichnet der Entwurf ein Thun oder Unterlassen des Schuldners. Das Thun umfasst im Sinne des Entwurfs auch das Geben, das Verschaffen des Eigentums oder eines sonstigen Rechts an einer Sache oder an einem Recht, das Unterlassen auch das Dulden. Terminologisch gebraucht der Entwurf für den Gegenstand des Schuldverhältnisses, sei er hiernach positiv oder negativ, oder in beiden Richtungen zugleich bestimmt, in Uebereinstimmung mit der modernen Rechtssprache den Ausdruck „Leistung". Gegenstand eines jeden Schuldverhältnisses ist demgemäss die vom Schuldner zu bewirkende Leistung und nur diese Leistung. Das obligatorische Recht des Gläubigers ergreift nicht darüber hinaus auch schon den speciellen Gegenstand (Sache oder Recht), welcher durch die Leistung demselben verschafft werden soll."

sich in jedem einzelnen Falle fragen, ob nicht eine solche Leistung, an der der Gläubiger ein Vermögensinteresse nicht[11]) hat, gegen § 138 verstösst. Und gegen die guten Sitten verstösst es, wenn sich Jemand etwas rechtsgeschäftlich versprechen lässt, was nach den Geboten der Sittlichkeit und des Anstandes nur auf Grund eines freien Entschlusses geschehen oder unterlassen werden soll[12]) oder wie Windscheid es formuliert: Ungültig ist der Vertrag, der gegen die Sittlichkeit verstösst.

Dies ist der Fall

1. wenn der Vertrag auf Hervorrufung oder Beförderung des Verbotenen oder auf Hinderung des Gebotenen gerichtet ist;
2. wenn durch ihn auf die Freiheit des Entschlusses in Dingen eingewirkt werden soll, in welchen der Mensch sich durch äussere Motive nicht soll bestimmen lassen;
3. wenn die Gesinnung, die sich in ihm verrät, verwerflich ist.

4. Da die Leistung auch in einem Unterlassen bestehen kann (§ 241, Abs. 2), ergiebt sich, dass für ein Unterlassen, das den Inhalt eines Schuldverhältnisses bildet, das Erfordernis eines Vermögensinteresses nicht anzunehmen ist. Dass ferner jedes Unterlassen rechtswirksam versprochen werden kann, dass dem unter 3. festgestellten Inhalt des § 138, Abs. 1, nicht widerspricht.

§ 2. Der Begriff des Unterlassens.

1. Wir wollen den Begriff des Unterlassens zunächst sprachlich feststellen.

Unterlassen ist ein transitives Zeitwort. Es bedeutet nicht Nichtsthun, sondern — etwas ganz bestimmtes — nicht thun.[13]) Von diesen Begriffen „Nichtsthun“ und „etwas nicht thun“ ist „etwas nicht thun“ der weitere. Aus ihm

---

[11]) Vergl. Kohler, a. a. O. S. 5 ff.
[12]) Planck, Kommentar zum B. G. B. B. II S. 6.
[13]) von Liszt, Strafrecht. III. Aufl.

ergiebt sich das Nichtthun, wenn man sich das „etwas“ ausgefüllt denkt mit „alles Mögliche und Denkbare.“ Alles Denkbare und Mögliche nicht thun ergiebt Nichtsthun.

In diesem letzteren Sinne kann ein Unterlassen irgend welche Bedeutung im Rechtsleben und im Leben überhaupt nicht haben. Aber der Begriff „Unterlassen“ ist ja keineswegs bloss ein Nichtsthun. In betracht kommen kann das Unterlassen nur, wenn man sich das „etwas“ mit einem bestimmten, positiven Inhalt erfüllt denkt. Unterlassen bedeutet also, dass von einer bestimmten Person etwas Bestimmtes nicht gethan wird.

Thun ist nun ein willkürliches, menschliches Verhalten, d. h. ein vom Zwange freies, durch Vorstellungen bestimmtes Verhalten,[14]) dem eine nach aussen hervortretende Bewegung entspricht.

Unterlassen bedeutet demnach dasjenige menschliche Verhalten, dem eine nach aussen hervortretende Bewegung nicht entspricht.[15])

2. Die Unterlassungspflichten umfassen auch die Duldungspflichten. Bei beiden wird vom Schuldner ein Nichtthun verlangt; er soll nicht widersprechen und nicht hindern.[16]) Es ist dabei vorausgesetzt, dass eine Möglichkeit zu widersprechen oder zu hindern vorhanden ist. Dass also, wenn der Vertrag nicht vorhanden wäre, der dem einen Vertragsteil die Duldungspflicht auferlegt, dieser das Thun eines anderen Menschen nicht ruhig hinzunehmen brauchte.

Einige Duldungspflichten, die in unserem Gesetze nicht zu selten sind, führen wir zur Erläuterung des Gesagten aus dem Recht der Schuldverhältnisse an:

> § 258. Wer berechtigt ist, von einer Sache, die er einem Anderen herauszugeben hat, eine Einrichtung wegzunehmen, hat im Falle der Wegnahme die Sache auf seine Kosten in den vorigen Stand zu setzen. Erlangt der Andere den Besitz der Sache, so ist er ver-

[14]) von Liszt, Strafrecht X. A. 1900. § 102.

[15]) Landsberg a. a. O. § 26.

[16]) Anders im Strafrecht, vgl. von Liszt a. a. O. § 100.

pflichtet, die Wegnahme der Einrichtung zu gestatten. (d. h. nicht widersprechen, oder nicht hindern.)

Dann § 495. Bei einem Kaufe auf Probe oder auf Besicht steht die Billigung des gekauften Gegenstandes im Belieben des Käufers. Der Kauf ist im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung geschlossen.

Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer die Untersuchung des Gegenstandes zu gestatten.

Ebenfalls eine Duldungspflicht legt § 716 den geschäftsführenden Gesellschaftern auf:

§ 716. Ein Gesellschafter kann, auch wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich unterrichten, die Geschäftsbücher und die Papiere der Gesellschaft einsehen und sich aus ihnen eine Uebersicht über den Stand des Gesellschaftsvermögens anfertigen.

Eine dieses Recht ausschliessende oder beschränkende Vereinbarung steht der Geltendmachung des Rechtes nicht entgegen, wenn Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht.

Wenn der von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter sich persönlich unterrichten kann, wenn ihm das Recht eingeräumt ist, die Bücher einzusehen u. s. w., so setzt dieses Recht auf der einen Seite die Pflicht auf der anderen Seite voraus, diese Handlungen des ausgeschlossenen Gesellschafters zu dulden.

§ 3. Die Kausalität der Unterlassung.

Es besteht sowohl für das Strafrecht, als auch für das Civilrecht die Frage: Kann eine Unterlassung kausal wirken? d. h. kann sie die Ursache eines Vermögensschadens oder einer Körperverletzung sein?

Wir werden sofort sehen, dass diese Frage für unsere Untersuchung keine Bedeutung hat.

Die Frage nach der Kausalität der Unterlassung im Civilrecht setzt voraus, dass man unterlassen hat, wo eine Rechtspflicht zum Thun bestand. Ein Beispiel: Jemand verpflichtet sich durch Vertrag zu einem Thun (ein wissenschaftliches Werk zu schreiben). Er weigert sich, seinen Vertragspflichten nachzukommen. Wenn dadurch für den anderen Contrahenten ein Schaden eintritt, entsteht die Frage: Ist durch die Unterlassung der Schaden verursacht worden?

Wir haben es in unserer Untersuchung mit solchen Fällen garnicht zu thun, in denen eine Pflicht zum Thun bestand. Wir haben vielmehr die Fälle zu behandeln, in denen eine Pflicht zum Unterlassen besteht. Die Verletzung der Unterlassungspflicht setzt ein Thun voraus, ein Entgegenhandeln. Dadurch kann natürlich ebenfalls Schaden angerichtet werden.[17]) Aber da ist ja ein Thun die Ursache des Schadens, nicht ein Unterlassen.

Die Frage nach der Kausalität des Unterlassens hat also aus unserer Erörterung auszuscheiden.

§ 4. Sind Unterlassungsverbindlichkeiten an die Person des Schuldners geknüpft?

B. G. B. § 362 sagt: Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird. Während die Person des Gläubigers, an den die geschuldete Leistung zu bewirken ist, ausdrücklich als wesentlich hervorgehoben wird, wird nicht gefordert, dass der Schuldner die Leistung an den Gläubiger zu bewirken braucht. Es genügt in der Regel, dass auch ein Dritter leistet (§ 267). Bei einem positiven Thun wird sich der Obligationszweck meist auch durch einen Dritten verwirklichen lassen. Wenn also der Schuldner die Leistung nicht selbst bewirken kann, so kann er den geschuldeten Gegenstand regelmässig durch einen anderen herstellen lassen. Das ist nicht der Fall, wenn

[17]) Beispiel: Jemand verpflichtet sich seinem Nachbar gegenüber nur obligatorisch, nicht höher zu bauen *(de non altius tollendo)*; er thut es doch. Dadurch wird der oberste Raum, der als Maleratelier eingerichtet wurde, dazu ungeeignet, und das Haus büsst daher an Wert ein.

es ein wesentliches Moment des Vertrages ist, dass nur der Schuldner, kein anderer, die Leistung bewirkt (§ 613, § 669).

Es fragt sich, ob diese Rechtssätze über positive Leistungen auch auf Unterlassungsverbindlichkeiten Anwendung zu finden haben. Bei Leistungen auf ein positives *facere* kann es nach der ausgesprochenen Absicht der Parteien oder „im Zweifel" so liegen, dass gewisse Handlungen in Person zu prästieren sind, dass aber andere auch durch Dritte geleistet werden können.

Dasselbe gilt von negativen Handlungen, von Unterlassungsverbindlichkeiten.

Wir haben da folgende Fälle auseinander zu halten:

1. Jemand verpflichtet sich, etwas Bestimmtes nicht zu thun. Selbstverständlich muss ein reales Interesse des Gläubigers dafür vorliegen, dass gerade der Schuldner etwas Bestimmtes unterlässt. A. verpflichtet sich dem B. gegenüber, sich binnen eines Monats nicht in der Stadt X. sehen zu lassen, da seine Anwesenheit dem B. schweren Schaden bringen würde. Es ist klar, dass eine derartige Verbindlichkeit nur in Person geleistet werden kann. Die gegenteilige Meinung müsste zur Verneinung der Möglichkeit von Unterlassungsverbindlichkeiten überhaupt führen. Es kann nicht darauf ankommen, dass sich ein Anderer nicht in X. sehen lässt. Handelt der Verpflichtete seiner Unterlassungspflicht zuwider, so ist der Obligationszweck nie mehr zu erreichen.
2. Jemand verpflichtet sich einem anderen gegenüber, dass in seinem, des Verpflichteten, Herrschaftsbereiche etwas Bestimmtes unterbleibt[18]) Die Verpflichtung etwas

[18]) Die Bemerkung Kleineidams, dass Unterlassungsverbindlichkeiten infolge ihrer negativen Natur immer an die Person des Schuldners geknüpft seien, enthält nichts, was die Unterlassungsverbindlichkeiten von auf ein Thun gerichteten unterscheidet. Hier wie dort giebt es höchstpersönliche Verbindlichkeiten und durch Dritte zu bewirkende. Es scheint, als ob Kleineidam etwas Besonderes von den Unterlassungsverbindlichkeiten aussagen wollte: dass sie sämtlich nur von dem verpflichteten Schuldner prästiert

Bestimmtes zu unterlassen, ist nur beim Schuldner vorhanden. Nur er haftet dem Gläubiger. Aber die Leistung kann auch von einem Dritten gemacht werden. Nehmen wir den Fall: Ein Mieter verpflichtet sich dem Hauswirte gegenüber, dass in seiner Wohnung nicht Clavier gespielt wird. Damit, dass der Mieter selbst nicht Clavier spielt, ist seine Verpflichtung noch lange nicht erfüllt. Er hat dafür einzustehen, dass auch Dritte, z. B. Hausgenossen oder Freunde, nicht spielen. Auch wenn er das seinerseits Erforderliche gethan hat, um das Clavierspiel anderer zu verhindern, würde er doch haften. Daraus geht hervor, dass er allein zwar der dem Gläubiger gegenüber Verpflichtete ist, dass aber auch andere Personen imstande sind zu leisten, resp. der Verpflichtung zuwiderzuhandeln.

Betrachten wir noch folgende Fälle: A. verpflichtet sich seinem Nachbar B. gegenüber, sein Grundstück nicht zu bebauen, da sonst B.'s Wohnung das Licht genommen würde. A. verkauft das Grundstück an C. Wir wollen hier wiederum zwei Fälle trennen.

1. C. hat die Verpflichtung des A., nicht zu bauen, nicht gekannt. Nehmen wir an, dass C. baut, so ist es unzweifelhaft, dass A. aus der Vertragsverletzung haftet. Ebenso ist es aber unzweifelhaft, dass, wenn C. nicht baut, die Verbindlichkeit ordnungsmässig erfüllt wird. Die Verpflichtung aus dem Vertrage ist nur bei A. vorhanden, die Leistung kann auch ein Dritter bewirken.
2. C. hat die Verpflichtung des A. gekannt und mit übernommen; hier tritt C. vollständig in die Pflichten des A. ein.

Da nach dem Gesagten Unterlassungsverbindlichkeiten denselben Grundsätzen unterliegen wie die Verbindlichkeiten

werden können. Damit würde die ganze Gruppe der Fälle, in denen die Vornahme einer Handlung in dem Herrschaftskreise des verpflichteten Schuldners ausgeschlossen werden soll, nicht mitumfasst sein.

auf ein positives *facere*, da wir also sowohl solche Unterlassungsverbindlichkeiten haben, die nur in Person erfüllt werden können, andererseits aber auch solche, bei denen auch ein Dritter den Obligationszweck herbeiführen kann, so haben wir, wenn eine Unterlassung unmöglich wird, zu prüfen, ob es sich um eine Unmöglichkeit handelt oder um schuldnerisches Unvermögen. Ob das eine oder das andere vorliegt, entscheidet sich nach den in einem folgenden Paragraphen entwickelten Grundsätzen.

§ 5. Durch welche Rechtsgeschäfte können Verpflichtungen zum Unterlassen begründet werden?

I. Schuldverhältnisse können entstehen aus Verträgen und aus einseitigen Rechtsgeschäften. Das ist ein allgemein unbestrittener Satz, wenn es sich um positive Leistungen handelt, zu denen man kraft eines Schuldverhältnisses verpflichtet ist. Es fragt sich, ob der Satz richtig ist, wenn es sich um Begründung von Unterlassungsverbindlichkeiten handelt.

1. Es ist zunächst zu prüfen, ob Unterlassungsverbindlichkeiten durch einseitige Rechtsgeschäfte begründet werden können.

a) Nur in drei Fällen erkennt das B. G. B. die Rechtsverbindlichkeit der einseitigen Versprechen an. Eine Stiftung entsteht durch einseitige Willensäusserung des Stifters, zu der ausserdem noch Staatsgenehmigung treten muss. Eine Stiftung ist eine vom Rechte als selbständiges Rechtssubjekt behandelte Vermögensmasse, deren Erträgnisse einem bestimmten, dauernden Zwecke gewidmet sind. — Ferner werden durch Auslobung (§ 657) und die Ausstellung von Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§ 794) durch einseitigen Akt Verpflichtungen begründet. Der in § 657 umgrenzte Thatbestand der Auslobung lautet:

> Wer durch öffentliche Bekanntmachung eine Belohnung für die Vornahme einer Handlung, insbesondere für die Herbeiführung eines Erfolges aussetzt, ist verpflichtet, die Belohnung demjenigen zu entrichten, der

die Handlung vorgenommen hat, auch wenn dieser nicht mit Rücksicht auf die Auslobung gehandelt hat.

An sich betrachtet, könnte ja die Handlung, für deren Vornahme eine Belohnung ausgesetzt ist, auch eine Unterlassung sein. Aber der Inhalt des ganzen Paragraphen weist deutlich darauf hin, dass nur an positive Handlungen gedacht ist. Dafür spricht besonders das Wort „Vornahme". Ferner zeigt der letzte Halbsatz, dass § 657 auf Unterlassungsverbindlichkeiten keine Anwendung erleidet. Wenn es im § 657 heisst, dass die Belohnung auch an den zu entrichten ist, der die Handlung vorgenommen hat, auch wenn er nicht mit Rücksicht auf die Auslobung gehandelt hat, so müsste jeder Mensch, der die betreffende, bestimmte Handlung unterlassen hat, berechtigt sein, Anspruch auf den ausgelobten Gegenstand zu erheben. Dass das dem Sinne des Instituts völlig widerspricht, liegt auf der Hand. — Anderseits verspricht der Auslobende eine Belohnung. Es lässt sich kein Fall denken, in dem eine Unterlassung, die einer unbestimmten Menschenmenge für die Vornahme einer Handlung oder für die Herbeiführung eines Erfolges versprochen wird, als Belohnung anzusehen ist. Auch das Wort „Belohnung" weist mit Deutlichkeit auf etwas Positives hin. Ebensowenig kann eine Schuldverschreibung auf den Inhaber ein Unterlassen zum Inhalt haben. Das geht aus der Umgrenzung des Begriffs im § 793, sowie aus dem Zweck des Rechtsinstituts hervor. Alle drei Fälle haben das gemeinsam, dass das Versprechen auf eine positive Leistung geht. Durch einseitiges Verprechen kann demnach eine Unterlassungsverbindlichkeit nicht begründet werden.

b) Es wäre zu erwägen, ob nicht in Verbindung mit einem einseitigen Versprechen Unterlassungen versprochen werden können. Ein Stifter verpflichtet sich z. B., auf einem Kirchhofe einen Brunnen erbauen zu lassen, weil die Entfernung bis zu einem Flusse eine recht erhebliche ist. Ausserdem verpflichtet er sich im Stiftungsgeschäfte, aus diesem Brunnen kein Wasser zu entnehmen, um damit sein in der Nähe des Kirchhofes gelegenes Feld zu berieseln. Insofern

können also auch durch einseitige Rechtsgeschäfte Unterlassungsverbindlichkeiten begründet werden.

2. Wir kommen zur Untersuchung der Frage, ob durch Verträge Unterlassungsverbindlichkeiten begründet werden können. Es sind da verschiedene Fälle zu betrachten. Entweder ist aus einem Vertrage nur eine Partei zu einer Leistung verpflichtet (einseitige Verträge), oder beide Parteien haben Leistungen zu bewirken (zweiseitige Verträge). Die zweiseitigen Verträge zerfallen wieder in vollkommen zweiseitige Verträge oder in unvollkommen zweiseitige. Im ersten Falle spricht das B. G. B. von gegenseitigen Verträgen.

a) Einseitige Verträge können Unterlassungsverbindlichkeiten begründen. Das wäre der Fall, wenn sich jemand unentgeltlich einem anderen gegenüber zu einer Unterlassung verpflichtet. Vorausgesetzt ist dabei, dass die Absicht, sich zu verpflichten, feststeht. Das Versprechen wird z. B. notariell gegeben. Manche einseitigen Verträge, z. B. Darlehn, Schenkung fallen für unsere Zwecke weg. Während dies aus § 607 (Wer Geld oder andere vertretbare Sachen als Darlehn empfangen hat . . .) mit Deutlichkeit hervorgeht, könnte man bei der Schenkung in Zweifel sein. „Eine Zuwendung, durch die jemand einen anderen aus seinem Vermögen bereichert . . . .“ In dem Worte „Zuwendung“ würde nichts liegen, was der Annahme widerspricht, dass man mit einer Unterlassung eine Schenkung machen kann. Aber für den Begriff der Schenkung ist es jetzt wie im römischen Rechte erforderlich, dass sie *„donantem pauperiorem et accipientem locupletiorem facit.“* Wenn sich nun jemand unentgeltlich einem anderen gegenüber zu einer Unterlassung verpflichtet, so ist es zwar denkbar, dass er den anderen aus seinem Vermögen bereichert; aber es fehlt das zweite Moment: Er erleidet durch sein blosses Unterlassen keine Vermögensminderung. Und die Möglichkeit einer Vermögensmehrung, auf die man zu Gunsten eines anderen verzichtet, ist nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 517 keine Schenkung.

b) Die unvollkommen zweiseitigen Verträge sind solche, bei denen von vornherein nur die Leistung einer Partei be-

grifflich notwendig ist. Die andere Partei kann auch zu Leistungen verpflichtet sein. Aber diese Leistung ist nicht begriffsnotwendig; sie entsteht nicht unmittelbar auf Grund des Vertrages, sondern auf Grund gewisser zufälliger Umstände. Auch aus ihnen sind Unterlassungsverbindlichkeiten denkbar. Ein Beispiel enthält der § 603 (Leihe).

c) Der Hauptfall der Entstehung der Unterlassungsverbindlichkeiten ist die Begründung durch gegenseitigen Vertrag. Es wird eine positive Leistung von einer, eine Unterlassung von der anderen; oder eine positive Leistung und daneben eine Unterlassung von der einen, und eine Leistung von der anderen Partei versprochen.

II. Kapitel.

I. Die Unmöglichkeit.

§ 6. Der Begriff der Unmöglichkeit.

I. Kraft eines Schuldverhältnisses ist der Schuldner dem Gläubiger zu einer Leistung verpflichtet. Wenn der Schuldner seiner Verpflichtung nicht nachkommt, so kann das darauf beruhen, dass der Schuldner[19]) nicht leisten will, oder dass er nicht leisten kann. Das Letztere kommt hier in betracht.[20])

Das Nicht-Leisten-Können umfasst die vom B. G. B. selbst nicht definierten Begriffe Unmöglichkeit und Unvermögen. Die Motive sagen:[21])

> „Der Entwurf versteht unter Unmöglichkeit der Leistung nur die objektive Unmöglichkeit."

---

[19]) Man kann danach nur von Unmöglichkeit der Leistung reden, wenn der Schuldner die Leistung nicht bewirken kann. Es ist verwirrend und unrichtig, von Unmöglichkeit der Leistung zu sprechen, wenn der Gläubiger im Annahmeverzuge ist. S. Mommsen I, S. 91.

[20]) Vgl. § 10 B., II. Ueber das Nicht-Leisten-Wollen, das ein Nicht-Leisten-Können bewirkt.

[21]) Motive II, 44, 45.

Und ferner:

„Der objektiven Unmöglichkeit steht das nur subjektive Unvermögen des Schuldners gegenüber."

Die Begriffe objektive Unmöglichkeit und subjektive Unmöglichkeit stammen aus dem gemeinen Recht. Aus der Litteratur des gemeinen Rechts muss daher die Bedeutung dieser Begriffe festgestellt werden.

Die Lehre von der Unmöglichkeit geht auf eine Stelle der Digesten zurück.[22]) Venulejus stellt dort einander gegenüber *difficultas* und *impossibilitas*. Er sagt, dass *difficultas* stets vorliegen, *si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alii possibile sit.*

In späterer Zeit,[23]) als die juristischen Abhandlungen deutsch geschrieben wurden, vereinigte man die Begriffe „*difficultas*" und „*impossibilitas*" unter dem wenig glücklichen Oberbegriff „Unmöglichkeit", und meinte mit subjektiver Unmöglichkeit die *difficultas*, mit objektiver die *impossibilitas*. So that es die herrschende Meinung.[24]) Einzelne Schriftsteller teilten ebenfalls den Oberbegriff Unmöglichkeit in objektive Unmöglichkeit und subjektive; sie erkannten aber nicht in der subjektiven Unmöglichkeit die *difficultas* des Venulejus an, sondern hielten diese als etwas, was man von der subjektiven Unmöglichkeit trennen müsse. So Dernburg.[25])

Er sagt:

„Die Unmöglichkeit ist entweder eine objektive, für jederman vorhandene, oder eine subjektive, in der Person des Gläubigers oder des Schuldners liegende."

„Von der Unmöglichkeit, auch der subjektiven, ist die Schwierigkeit der Erfüllung zu unterscheiden. Dahin gehört Geldmangel des Schuldners."

Diese abweichende Meinung Dernburgs scheint freilich nicht mit dem Satz des § 4 der citierten lex übereinzustimmen:

---

[22]) Lex 637, § 4. D. de verborum obligatione, 45, 1.

[23]) Vgl. über die historische Entwickelung, Kleineidam, S. 6 ff.

[24]) Windscheid, Pandecten II, § 264.

[25]) Dernburg, Pandecten II, § 16.

Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris non ad impedimentum stipulatoris pertinet, ne incipiat dici eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit.

Es ist daher wohl anzunehmen, dass die *difficultas* das nämlich ist, wie die subjektive Unmöglichkeit. So sagt Mommsen[26]) mit Bezug auf diese Stelle:

„Es ist für den Schuldner, der die Leistung einer fremden Sache versprochen hat, nicht nur schwierig, sondern in der That unmöglich, seiner Verpflichtung nachzukommen, wenn der Eigentümer der Sache jede Mitwirkung versagt. Diese Unmöglichkeit wird aber dem Schuldner als eine wahre Unmöglichkeit nicht angerechnet.“[29])

„Als wahre Unmöglichkeit nicht angerechnet“ ist der von Mommsen sehr häufig gebrauchte *terminus* für den Begriff „subjektive Unmöglichkeit.“

II. Das B. G. B. hat sachlich dieselbe Unterscheidung vorgenommen. Es hat es aber vermieden, die Worte objektive und subjektive Unmöglichkeit zu brauchen; es spricht, wenn es von der objektiven Unmöglichkeit im Sinne des gemeinen Rechts redet, von Unmöglichkeit. Dagegen wird vom B. G. B. in durchaus gerechtfertigter Weise nicht mehr von einer subjektiven Unmöglichkeit gesprochen, sondern das B. G. B. nennt diese, die aus dem Begriff der Unmöglichkeit überhaupt auszusondern ist, Unvermögen des Schuldners.

III. Einige Schriftsteller meinen, die Unterscheidung von Unmöglichkeit und Unvermögen sei logisch nicht gerechtfertigt.[30]) Wenn es sich um ein Schuldverhältnis handelt, so kommt für die Frage, ob eine Leistung unmöglich ist oder nicht, nur der Schuldner mit seinem Vermögen in betracht.

---

[26]) Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse. S. 13.

[27]) Vgl. auch Krug, Das unverschuldete Unvermögen bei einer versprochenen Leistung. S. 19.

[28]) Vgl. Biermann, Archiv für civil. Praxis B. 91, S. 75; Titze, a. a. O. S. 70 f.

Vermag er nicht zu leisten, dann ist es ganz belanglos, dass vielleicht einer der ausserhalb des obligatorischen Bandes steht, leisten könnte. Demnach hat der Begriff Unvermögen gar keine Stelle. Eine Leistung ist möglich oder unmöglich, je nachdem sie der Schuldner bewirken kann oder nicht.

Dem ist jedoch nicht zuzustimmen.[29]) § 267 bestimmt:

> Hat der Schuldner nicht in Person zu leisten, so kann auch ein Dritter die Leistung bewirken.

Wenn es also nicht darauf ankommt, dass der Schuldner in Person leistet, dann kann er, falls er selbst zur Leistung ausser stande ist, die geschuldete Leistung durch einen Dritten bewirken lassen. Daraus ist ersichtlich, dass es auf das Vermögen des Schuldners in den weitaus meisten Fällen garnicht ankommt. Wenn es feststeht, dass der Schuldner nicht zur Leistung in Person verpflichtet ist, dann hat er sein Unvermögen zur Leistung zu vertreten, sei es dadurch, dass er den Obligationszweck durch einen andern herbeiführen lässt, oder sonst den Gläubiger befriedigt. In den Fällen, in denen der Schuldner in Person zu leisten verpflichtet ist, hat allerdings das Unvermögen des Schuldners insofern keine Bedeutung, als dadurch die Leistung unmöglich wird. Denn sobald der allein zur Leistung fähige Schuldner ausser stande wird, die Leistung zu prästieren, ist sie keinem mehr möglich. Aber das folgt aus anderen Gründen.

Im letzteren Falle entscheidet die Logik allein; in den Fällen, in denen der Schuldner nicht in Person zu leisten hat, ist die Frage durch eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift entschieden worden (§ 267), die das Schwergewicht des obligatorischen Verhältnisses nicht auf die Personenbindung legt, sondern auf die Bewirkung des Geschuldeten, gleichviel ob dieses vom Schuldner ausgeht oder von einem Anderen.

IV. In der Litteratur hat man den Begriff der Unmöglichkeit nicht definiert, bis auf Hartmann.[30]) Man grenzte den Begriff nur gegenüber dem Unvermögen ab; und das genügt

[29]) Vgl. Kleineidam Ih. Jahrb. S. 122, ff.

[30]) Die Obligation S. 72.

auch. Die Hartmann'sche Definition: „Unmöglichkeit ist die negative Notwendigkeit, die Notwendigkeit des Nichtgeschehens", macht die Sache auch nicht klarer als die Formel, die allgemein üblich ist: Unmöglichkeit ist die Leistung, die aus Gründen, die für jederman gelten, ausgeschlossen ist.

Die Gründe, aus denen eine Leistung unmöglich ist, können thatsächlicher oder rechtlicher Natur sein. Das erstere ist z. B. der Fall, wenn die Spezies, die zu liefern ist, überhaupt nicht vorhanden oder zur Zeit des Vertragsschlusses bereits untergegangen ist. Eine rechtliche Unmöglichkeit liegt vor, wenn sich die Unmöglichkeit in der Logik des Rechts gründet.[31]) Eine solche Unmöglichkeit würde vorliegen, wenn das Ergebnis des logischen Denkens auf Grundlage des B. G. B. mit den vom B. G. B. selbst aufgestellten Sätzen in Widerspruch geraten würde.

Beispiele: Das Versprechen der Einräumung eines nicht vererblichen und veräusserlichen Erbbaurechts (§ 1012), der Begründung eines Stockwerkeigentums (E. G. z. B. G. B. A. 182). Uebereignung einer Sache an denjenigen, dem sie bereits gehört.[32])

Nachdem ausgeführt worden ist, dass unmöglich ist, was für niemand ausführbar ist, nachdem wir ferner die Gründe, aus denen etwas unmöglich sein kann, kurz angegeben haben, bleibt der dritte der in der allgemeinen Formel angeführten Begriffe: die Leistung. Darüber ist genauer zu handeln.

Ob im einzelnen Falle eine Unmöglichkeit oder ein Unvermögen des Schuldners vorliegt, bestimmt sich nach den Besonderheiten jedes einzelnen Falls.[33]) Erst aus der genauen

---

[31]) Dernburg II. S. 128.

[32]) Dieses Beispiel zeigt, dass es zu eng ist, wenn man sagt: rechtlich ist eine Leistung unmöglich, wenn ihre Bewirkung durch Gesetzesverbot ausgeschlossen ist (Endemann. S. 693). Es besteht kein Verbot, dem Eigentümer eine eigene Sache zu verschaffen. Aber es ist sinnlos und der Logik des Gesetzes widersprechend.

[33]) Vgl. Rehbein: Komm. S. 115: „ob Unmöglichkeit oder Unvermögen vorliegt, ist vielfach nur konkret zu ermessen, entsprechend der Relativität des Begriffs.

Prüfung aller Bestimmungen eines bestimmten Schuldverhältnisses ergiebt sich der Inhalt dieses Schuldverhältnisses. Man muss sämtliche Momente[34]) der bestimmten Leistungspflicht, also Quantität und Qualität, Ort und Zeit der Leistung, berücksichtigen und danach prüfen, ob sich alle diese Momente verwirklichen lassen oder nicht.

Ein sehr wichtiges Moment, das man früher vielfach nicht oder nicht energisch genug betont hat, ist die obligationsmässige Kraftanstrengung.[35])

Die ethische und wirtschaftliche Betrachtung des Rechts führt dahin, dem Schuldner nur ein bestimmtes Mass von Kraftanstrengung zuzumuten.[36]) Dieses Mass bestimmt sich einmal nach Treu und Glauben oder nach einer eventuell vorhandenen besonderen Vertragsabrede.

Wenn es dem Schuldner nicht möglich ist, was natürlich objektiv festzustellen ist, mit dieser sich so ergebenden Kraft-

---

[34]) Vgl. Motive II, 45 und Kübel, Begründung des Entwurfs I. 5. 7,

[35]) Vgl. Seufferts Archiv N. F. B. 17. Nr. 20. Eine Gewerkschaft hat eine bestimmte Sorte Steinkohlen versprochen. Diese konnten wegen eines Streiks nicht geliefert werden. Die Kohlen, die aus den Zechen mit Hilfe einiger Beamten und treuer Arbeiter gefördert wurden, werden für den Betrieb der Wasserhaltungsmaschine gebraucht. Da nahm das R. G. an, das die Gewerkschaft wegen Unmöglichkeit der Leistung befreit sei, obwohl ein Teil der Arbeiter zurückgekehrt war, und ein kleiner Vorrat vorhanden wäre. Dieser brauchte nicht geliefert zu werden.

„. . . Wenn auch in der nächstfolgenden Zeit, durch allmählichen Rückkehr eines Teils der Arbeiter der Zustand sich etwas gebessert hat, dennoch bis zum Ende des Streiks die Production der Kohlen so schwach geblieben ist, dass aus wirtschaftlich gebotenen Rücksichten, in anbetracht der Möglichkeit eines jederzeitigen Wiederausbruchs des Ausstandes, an einen Versand von Kohlen in irgend nennenswertem Umfang nicht zu denken war, indem auf Beschaffung eines gewissen Vorrats von Kohlen zum Zweck der Versorgung der unentbehrlichen Wasserhaltungsmaschinen vor allem Bedacht genommen werden musste. Demnach lag eine Unmöglichkeit der Leistung vor. Dieselbe war unverschuldet — weil alle Grubenarbeiter der westphälischen Kohlenwerke streikten."

[36]) Vgl. Enneccerus-Lehmann, a. a. O. S. 438, Titze a. a. O. S. 2, Kleineidam a. a. O. S. 12, Kisch a. a. O. S. 12, scheinbar auch Biermann a. a. O. S. 75 (vgl. auch S. 100).

anstrengung seiner Leistungspflicht zu genügen, dann muss man ebenfalls sagen: die Leistung ist unmöglich. Und zwar logisch unmöglich. Das ergiebt sich aus folgender Erwägung. Das sich nach Treu und Glauben oder nach besonderer Vertragsabrede bestimmende Mass von Kraftanstrengung ist ebenso ein wesentliches Moment des Leistungsinhalts wie Quantität und Qualität, wie Ort und Zeit. Ist nun selbst die Leistung mit ganz unverhältnismässiger Anstrengung von Seiten des Schuldners möglich, so muss man doch von logischer Unmöglichkeit sprechen; denn

> „zwei gleich wesentliche Momente des Leistens — die Kraftanstrengung und der unmittelbar mit dem Schuldverhältnis zum Ausdruck gebrachte Erfolg — stehen in solchem Missverhältnis, dass ihre gleichzeitige Verwirklichung ausgeschlossen ist.“[37])

Das heisst: Wenn die Leistung doch gemacht wird, dadurch, dass der Schuldner sich unverhältnismässige Opfer auferlegt, so leistet er nicht, was er schuldet; denn er schuldet eine Leistung, die mit — um kurz so zu sagen — obligationsmässigem[39]) Kraftaufwand gemacht ist. Und andererseits: Würde er nur diese obligationsmässige Kraft aufwenden, dann kann er die Leistung nicht bewirken. Mit dem Kräfteaufwand, den das bestimmte Schuldverhältnis von ihm verlangt, ist die Leistung unmöglich. — Nennen wir die obligationsmässige Kraftanstrengung a, das durch sie unmittelbar herbeizuführende Ziel b, den Erfolg c, und andererseits die überobligationsmässige Anstrengung x, so kann nicht $a + b = c$ sein, und $x + b = c$, wenn b in beiden Fällen das Gleiche bedeutet. Es ist logisch unmöglich, dass $a = x$ ist. Daher muss man sagen, dass eine nicht mit obligationsmässiger Kraftanstrengung zu bewirkende Leistung logisch unmöglich ist.

Der Gedanke, den Schuldner nur für obligationsmässige Kraftanstrengung haften zu lassen, hat sich bereits in einer sehr ähnlichen Form geltend gemacht.

v. Thur[38]) versucht die übermässige Schwierigkeit der

[37]) Kleineidam, Iherings Jahrbücher B. 43. S. 111 und ebenso Titze.
[38]) Vgl. v. Thur, der Notstand im Civilrecht 1898. S. 15. ff.

Erfüllung unter dem Gesichtspunkt des Notstands zu betrachten. Der Gedanke, der ihn dabei leitet, ist derselbe, der oben vertreten wurde. Nur ist es besser,[39]) in all diesen Fällen von Unmöglichkeit zu sprechen, nicht von Notstand. Denn einmal dürfte der Notstand nicht alle Fälle umfassen, die hierher gehören, andernteils sagt § 228 nur, dass der Notstand die Rechtswidrigkeit der Handlung ausschliesse; über den Einfluss des Notstands auf die Leistungspflicht selbst ist nichts gesagt. Bei der Annahme, dass Leistungen unmöglich sind, welche nur dann bewirkt werden können, wenn sich der Schuldner überobligationsmässige Opfer auferlegt, ist man ohne weiteres in der Lage, die Rechtssätze über Unmöglichkeit anzuwenden.

V. Während der Satz ziemlich unbestritten ist,[40]) dass Unmöglichkeit der Leistung vorliege, wenn der Schuldner nur die Leistung mit ganz unverhältnismässigem Kraftaufwand machen könnte, den der Gläubiger von ihm zu verlangen nicht berechtigt ist, steht es nicht ganz fest, wie die Unmöglichkeit zu begründen ist. In eigenartiger Weise begründet Titze[41]) die Unmöglichkeit. Er sucht sie durch umfassende Würdigung des § 242 zu rechtfertigen. § 242 fordert vom Schuldner, dass er die Leistung so bewirke, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Dieser § gelte sowohl zu Lasten wie auch zu Gunsten des Schuldners. Der Schuldner ist danach gegen Anforderungen, die man billigerweise ihm gegenüber nicht erheben darf, geschützt. Diese Erwägung führt ihn zur Konstruktion der juristischen Unmöglichkeit, die er neben die logische stellt. Ebenso verfährt Kisch[42]) wenn er sagt, dass eine nur mit unverhältnismässiger Kraftanstrengung bewirkte Leistung im Sinne der Rechtsordnung als unmöglich zu behandeln sei.

Diese Teilung des Begriffs der Unmöglichkeit in logische Unmöglichkeit und juristische Unmöglichkeit ist nach dem,

[39]) So auch Titze a. a O. S. 7.
[40]) A. M. Endemann a. a. O. S. 693.
[41]) Vgl. Titze a. a. O. S. 2
[42]) Vgl. Kisch, a. a. O. S. 12.

was wir oben ausführten, nicht erforderlich, da das, was von diesen Schriftstellern als juristische Unmöglichkeit bezeichnet wird, sich sehr wohl unter dem Begriff der logischen Unmöglichkeit vereinigen lässt.[43]) Der einheitliche Begriff der logischen Unmöglichkeit verstattet, die Gebote der Logik einfach zur Anwendung zu bringen. Eine Verpflichtung zu einer Leistung, die logisch unmöglich ist, kann es nicht geben. Liegt aber eine Verpflichtung zu einer logisch möglichen, juristisch unmöglichen Leistung vor, so bedarf es immer einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung, die anerkennt, dass es sich im gegebenen Falle um eine unmögliche Leistung handelt.

§ 7. Anfängliche und nachfolgende Unmöglichkeit.

I. Ueber die Frage, wann anfängliche und wann nachfolgende Unmöglichkeit vorliegt, ist in der Litteratur wohl Einstimmigkeit vorhanden. Massgebend ist für die Abgrenzung der anfänglichen Unmöglichkeit von der nachfolgenden der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Liegt beim Vertragsabschlusse bereits Unmöglichkeit vor, dann ist von anfänglicher, entsteht die Unmöglichkeit erst nach Vertragsabschluss, so ist von nachfolgender Unmöglichkeit zu sprechen. Das geht auch mit Deutlichkeit aus dem B. G. B. § 307 Abs. 1 einerseits und § 275 Abs. 2 andererseits hervor.

> § 307: Wer bei Schliessung eines Vertrages, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, die Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen muss, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet.

(Damit man die Unmöglichkeit bei Schliessung des Vertrages kennen kann, muss sie doch zu dieser Zeit bereits vorhanden sein.)

> § 275. Einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich.

[43]) Vgl. Kleineidam, Iherings Jahrbücher (S. 112. ff.)

Aus § 275 kann der Begriff der nachfolgenden Unmöglichkeit entnommen werden. Nachfolgende Unmöglichkeit liegt dann vor, wenn die Leistung infolge eines nach Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstands nicht bewirkt werden kann.

1. Es ist also für den Begriff der nachfolgenden Unmöglichkeit erforderlich, dass die Unmöglichkeit eintritt. Sie darf nicht schon zur Zeit des Vertragsschlusses vorhanden sein.

2. Ferner ist erforderlich, dass der Umstand, infolge dessen die Leistung unmöglich wird, nach Entstehung des Schuldverhältnisses eintritt.

3. Der nach Entstehung des Schuldverhältnisses eintretende Umstand muss mit der Unmöglichkeit im Kausalzusammenhange stehen.

Unter diesem „Umstande" ist dasjenige Ereignis zu verstehen, das die Unmöglichkeit unmittelbar herbeiführt; nicht auch diejenigen Gründe, die zu dem Ereignis geführt haben, das die Unmöglichkeit zur Folge hatte.[44])

Ein Beispiel zugleich auch dafür, dass die Grenzlinien zwischen anfänglicher und nachfolgender Unmöglichkeit sehr feine sein können: Jemand schuldet ein Pferd; diesem Pferd hat er vor Eingehung des Schuldverhältnisses Gift gegeben. Das Pferd stirbt nach Vertragsschluss. — Die Frage ob anfängliche oder nachfolgende Unmöglichkeit vorhanden ist, hängt von der Vorfrage ab: Was hat die Unmöglichkeit der Leistung verursacht? Man muss sagen: Der Tod des Pferdes. Nicht also das Eingeben von Gift. Das Eingeben von Gift ist die mittelbare, nicht in betracht kommende Ursache der Unmöglichkeit der Leistung. Das Pferd lebte zur Zeit des Vertragsabschlusses noch. Also liegt in diesem Falle nachfolgende Unmöglichkeit vor.

II. Es kann für die Beurteilung der Frage, ob anfängliche oder nachfolgende Unmöglichkeit vorliegt, eine Komplikation eintreten, wenn das Geschäft aufschiebend bedingt oder befristet ist, und die Unmöglichkeit vor dem Eintritt der Be-

[44]) Vgl. Schollmeyer S. 98.

dingung eintritt. Diese Frage kann, als für spätere Erörterungen belanglos, ausscheiden. Wenn A. dem B. am 1. Januar 1902 verspricht, vom 1. Juli 1902 ab sich nicht in der Stadt X zu zeigen, dann ist er bis zum 1. Juli überhaupt nicht verpflichtet. Eine aufschiebende Bedingung oder Befristung im technischen Sinne (§ 158 ff.) giebt es bei Verpflichtungen zum Unterlassen nicht.

§ 8. Vollständige und teilweise Unmöglichkeit.

I. Man kann bei jedem Schuldverhältnisse eine örtliche, eine zeitliche und eine gegenständliche Seite unterscheiden.[45]) Beispiel: Jemand schuldet in Berlin am 1. Juli 1902 drei bestimmte Pferde. Da ist: Berlin die örtliche, der 1. Juli 1902 die zeitliche, die 3 Pferde die gegenständliche Seite des Schuldverhältnisses.

Sterben die 3 Pferde vor dem 1. Juli, so ist die ganze Leistung unmöglich. — Es kann aber auch eine teilweise Unmöglichkeit dadurch eintreten, dass nur zwei Pferde geliefert werden können; oder zwar alle drei, aber nicht am 1. Juli, sondern erst am 5. Juli; oder zwar nicht in Berlin, wohl aber in X. Es kann also auch eine einzelne Seite des Schuldverhältnisses unmöglich werden. Die örtliche Seite des Schuldverhältnisses interessiert hier weniger; es ist nur die zeitliche und gegenständliche näher zu betrachten.

II. Bei der zeitlichen Unmöglichkeit können die Fälle wieder verschieden sein.

1. War für die Leistung der Zeitpunkt der Erfüllung so wesentlich, dass die ganze Leistung für den Gläubiger wertlos ist, wenn dieser Zeitpunkt nicht innegehalten wurde, so liegt vollständige Unmöglichkeit vor.

2. Wenn aber der Zeitpunkt nicht zu einer Eigenschaft des Vertrages erhoben war, und der Inhalt des Vertrages eine nachträgliche Leistung noch zulässt, dann kann man an sich nur von einer Verspätung der Leistung sprechen.

---

[45]) Titze a. a. O. S. 31.

Dennoch spricht hier ein Teil der Schriftsteller von Unmöglichkeit.[46]) Die Berechtigung, hier von Unmöglichkeit zu reden, ist daraus zu entnehmen, dass eine Leistung, die am vereinbarten Zeitpunkt nicht gemacht worden ist, nie wieder gemacht werden kann; denn zur Bewirkung der geschuldeten Leistung gehört Innehaltung der Zeit, zu der geleistet werden musste. Eine verspätete Leistung ist eine andere als die geschuldete. Die geschuldete Leistung ist unmöglich geworden; nämlich unmöglich der Zeit nach.

Es ist aber selbstverständlich, dass auch diese Leistungen, die an sich eine verspätete Erfüllung zulassen, eine zeitliche Grenze in sich tragen, jenseits der eine Erfüllung für den Gläubiger belanglos ist. Wie nun die Grenzen, innerhalb deren noch nachträglich geleistet werden kann, zu ziehen sind, ist aus dem konkreten Schuldverhältnisse zu entnehmen.

So heisst es auch in einer Entscheidung des Reichs-Oberhandelsgerichts[47]): „Wie zeitweilige (vorübergehende) und dauernde Unmöglichkeit oder Hindernisse verständigerweise überall nicht als absolute, sondern nur als relative Gegensätze aufzufassen sind, und Natur und Zweck des konkreten Vertragsverhältnisses darüber entscheiden müssen, ob das objektiv aufgefasst, nur zeitweilige Hindernis als ein dauerndes zu betrachten sei, so soll auch bei dem Frachtvertrage die verständige Würdigung des einzelnen Falls hierüber entscheiden."

Und an einer anderen Stelle:[48])

> „Die Entscheidung — (darüber, ob längere Zeit andauernde Unmöglichkeit bei gewöhnlichen Kaufverträgen der dauernden Unmöglichkeit gleich zu stellen ist) — hängt von den konkreten Verhältnissen ab, indem zu prüfen ist, ob die Verhinderung so geraume Zeit angehalten habe, dass die nachträgliche Erfüllung oder der Fortbestand des Vertrages mit der mutmasslichen Absicht der Parteien bei dessen Errichtung sich nicht vertrage."

---

[46]) Vgl. Planck a. a. O. 5. 64. Motive II. S. 56. Titze a. a. O. S. 35.
[47]) R. O. H. G. Band IV. S. 174.
[48]) R. O. H. G. Band X. S. 295.

Innerhalb der sich so bestimmenden Grenzen kann der Gläubiger den noch möglichen Teil der Leistung verlangen; d. h. er kann eine Leistung verlangen, die als geschuldet angesehen worden wäre, wenn sie am Zeitpunkt der Fälligkeit gemacht worden wäre. Die gegenständliche und örtliche Seite sind unverändert; verändert ist nur die zeitliche Seite. Kurz gesagt: Der Gläubiger kann die verspätete Leistung verlangen.

III. Betrachten wir die gegenständliche Seite des Schuldverhältnisses darauf hin, dass den Gegenstand der Leistungspflicht ein Thun bildet.

Es kann von vollständiger oder teilweiser Unmöglichkeit nur gesprochen werden, wenn die Leistung, die unmöglich wird, teilbar war.[49])

Man sagt, Leistungen auf ein *dare* sind in der Regel teilbar, Leistungen auf ein *facere* in der Regel nicht. Das „*facere*" müssen wir genauer betrachten.

Teilbar ist eine Leistung, die unbeschadet von Wesen und Wert in Teile zerlegt werden kann, so dass jede einzelne Teilleistung qualitativ der ganzen Leistung gleicht und die Summe aller Teilleistungen die ganze Leistung ergiebt.[50])

Nach diesen Gesichtspunkten müssen wir Leistungen auf ein *facere* betrachten.

Wir müssen da unterscheiden, ob der Schuldner zu Handlungen als solchen verpflichtet ist oder zur Herbeiführung eines Erfolges. Wenn er zu Handlungen verpflichtet ist, haben wir die Fälle einzeln zu betrachten, in denen der Schuldner zu einer bestimmten Handlung und die, in denen er zu einer Reihe von fortgesetzten Handlungen verpflichtet ist.

1. Wird eine einzelne bestimmte Handlung unmöglich, so kann es sich nur um vollständige Unmöglichkeit handeln, nie um teilweise.
2. Wenn eine Reihe sich über einen gewissen Zeitraum hinziehender Handlungen versprochen ist (z. B. Dienste),

---

[49]) Vgl. Cosack, a. a. O. § 100.

[50]) Vgl. etwa Windscheid a. a. O. S. 10 f, Dernburg, a. a. O. 5. 107, Ubbelohde a. a. O. 5. 19.

dann kann auch von einer teilweisen Unmöglichkeit gesprochen werden.

3. Soll ein Erfolg hergestellt werden (ein Haus soll gebaut werden), und die Herstellung ist unmöglich, so kann es sich nur um vollständige Unmöglichkeit handeln. Eine andere Frage ist es, ob für die Thätigkeit, die bis zum Eintritt des die Unmöglichkeit begründenden Umstands zur Erreichung des erstrebten Erfolgs aufgewendet wurde, eine Entschädigung verlangt werden kann.

Es fragt sich nunmehr, ob die Teilbarkeit von Unterlassungsverbindlichkeiten denselben Grundsätzen unterliegt. Ferner, ob Unterlassungspflichten teilweise unmöglich werden können.

1. Oben im § 2 wurde das Unterlassen als ein menschliches Verhalten, dem eine nach aussen hervortretende Bewegung nicht entspricht, definiert. Aus der Auffassung der Unterlassung als eines bestimmten menschlichen Verhaltens ergiebt sich folgendes:

Die Pflicht zum Unterlassen setzt sich aus Pflichten zusammen, die in jedem Momente erfüllt werden müssen. Ist auch nur in einem Momente etwas der in diesem Momente zu prästierenden Pflicht Widersprechendes gethan worden, so würde die strikte Innehaltung der Pflichten nach dieser Uebertretung doch nicht das Gesamtresultat ergeben: Es ist unterlassen worden. Das eine Thun bewirkt, dass die Kette der Unterlassungen, aus denen sich die Unterlassungspflicht zusammensetzt, nicht geschlossen ist.

Eine Unterlassungspflicht ist demnach immer unteilbar;[51]) sie stellt sich dar als ein bestimmtes menschliches Verhalten.

2. Wir kommen nun zu der Frage, ob Unterlassungsverbindlichkeiten teilweise oder immer nur vollständig unmöglich werden können.

Es wird an das oben unter I gesagte angeknüpft. Dort wurde ausgeführt, dass jedes Schuldverhältnis eine örtliche,

---

[51]) So auch Wendt, Pandekten S. 460: Unteilbar schlechthin ist die Unterlassung.

gegenständliche und zeitliche Seite habe. Daraus, dass wir es bei Unterlassungen mit einem bestimmten menschlichen Verhalten zu thun haben, ergiebt sich, dass von einer teilweisen Unmöglichkeit, die sich auf den Ort und Gegenstand der Leistung beziehen könnte, gar nicht gesprochen werden kann. Ort und Gegenstand der Leistung fallen, da immer ein bestimmtes Subjekt vorhanden sein muss, das unterlässt, immer zusammen. Und dieses Subjekt kann, was Ort und Gegenstand betrifft, nur unterlassen oder nicht unterlassen; nicht aber auch etwa teilweise unterlassen.

Eine teilweise Unmöglichkeit einer Unterlassung kann nur dann vorkommen, wenn es sich um solche Unterlassungsverbindlichkeiten handelt, die sich über einen bestimmten Zeitraum hin erstrecken. Ist z. B. A. dem B. gegenüber verpflichtet, 5 Jahre lang kein Konkurrenzgeschäft zu betreiben, und er thut es doch etwa einen Monat lang, so hat er sich die vollständige Erfüllung seiner Vertragspflicht unmöglich gemacht. Die Leistung ist teilweise unmöglich geworden.

Wir wollen hier zwei Fälle von einander gesondert betrachten. Nämlich einmal: es ist eine Unterlassung für fünf Jahre versprochen worden. Und ferner: der Unterlassungsschuldner verpflichtet sich, eine Vertragsstrafe zu zahlen, für den Fall, dass er nicht oder nicht ordnungsgemäss leistet.

1. Der Kaufmann B. verspricht für 5 Jahre dem A., kein Konkurrenzgeschäft zu eröffnen. Er thut es doch. Abgesehen davon, dass A. Schadenersatz fordern kann, sind ihm die weit wirksameren Mittel des § 880 C. P. O. gegeben.[52])

[52]) In vielen Fällen (vgl. B. G. B § 12, § 550, § 862, § 1004, § 1027, § 1053, § 1134) ist die Klage auf Unterlassung ausdrücklich im Gesetz erwähnt. M. E kann jedoch die Klage auf Unterlassung nicht bloss in diesen Fällen gegeben sein. C. P. O. § 890 sagt:

> Handelt der Schuldner der Verpflichtung zuwider, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, so ist er wegen jeder Zuwiderhandlung . . . zu verurteilen.

Es ist dort auf keine so erhebliche Einschränkung hingewiesen, wie sie vorhanden wäre, wenn nur in den genannten Fällen auf Unterlassung geklagt werden könnte — In der Litteratur ist dieser Punkt unbehandelt.

Er kann erwirken, dass für jede Zuwiderhandlung eine Strafe festgesetzt wird. Ja, noch mehr. Er kann auch das Geschäft schliessen lassen.[53]) [54])

2. Ein Kaufmann B. verspricht dem A. unter Verabredung einer Vertragsstrafe von 1000 Mk., kein Konkurrenzgeschäft während 5 Jahren zu errichten Nach zwei Monaten errichtet er ein Geschäft.

Zunächst ist nach B. G. B. § 339 die Vertragsstrafe mit der Zuwiderhandlung verfallen. Was aus der späteren Erfüllung wird, bestimmt sich nach B. G. B. § 340 und § 341.

Es ist also in den Fällen, in denen jemand zu einer sich über einen gewissen Zeitraum hinstreckenden Unterlassung verpflichtet ist, eine teilweise Unmöglichkeit der Bewirkung der Leistung — nicht der Leistungspflicht selbst — möglich. Ob und was der Gläubiger für diese Uebertretung der Unterlassungspflicht zu fordern berechtigt ist, ergiebt sich aus dem im § 10 Entwickelten. Was den noch möglichen Teil der Leistung betrifft, so kann dieser natürlich gefordert werden (B. G. B. § 280), d. h. der Gläubiger ist berechtigt, vom Schuldner für die vertragsmässig vereinbarte Zeit die Unterlassung zu fordern, ev. auf Unterlassung zu klagen.

II. Die Unmöglichkeit der Unterlassung.

§ 9. Bedeutung des Begriffs der Unmöglichkeit der Unterlassung.

A) Unmöglichkeit der Unterlassung ist wörtlich genommen Notwendigkeit der Zuwiderhandlung. Der logische Fehler, der in

[53]) Vgl. Gaupp-Stein a. a. O., S. 547: Handelt es sich aber nicht bloss um ein passives Verhalten, sondern zugleich um Beseitigung eines rechtswidrigen Zustands, so findet nicht § 875 (C. P. O. § 890) sondern § 773 (C. P. O. § 888) Anwendung

[54]) Vgl. Kohler, Arch. für die civ. Praxis B. 80, S. 292: „Gestattet ist es auch, eine verbotene Anlage zu vernichten, z. B. einen Laden zu schliessen."

der Zusammenstellung „Unmöglichkeit einer Unterlassung“ liegt, ist ohne weiteres klar. „Unmöglichkeit“ ist negative Notwendigkeit; Unterlassen ist ein willkürliches menschliches Verhalten. Notwendigkeit ist der Gegensatz zu Willkür. Es giebt keine menschliche Handlung, die notwendig ist. Daher auch keine Unmöglichkeit der Unterlassung.

Es wird nun manches im alltäglichen Leben wie auch im Rechtsleben als notwendig bezeichnet.

Man sagt, das Essen und Trinken sei notwendig zum Leben. Ja, zum Leben! Also mit Rücksicht auf einen ganz bestimmten Zweck. Von Notwendigkeit im absoluten Sinne kann nicht gesprochen werden.

Wir finden auch den Ausdruck „notwendig“ in Gesetzen. Auch hier kann er natürlich nicht im absoluten Sinne verwertet sein. Und aus dem variierenden Sprachgebrauch, der zwischen „erforderlich“ und „notwendig“ schwankt, ist es ersichtlich, dass der Gesetzgeber den Ausdruck „notwendig“ im vulgären Sinne verwendet hat. Es ist also das als notwendig bezeichnet, was mit Rücksicht auf die Erreichung eines bestimmten Zwecks gethan werden muss.

So sagt B. G. B. § 904: Der Eigentümer einer Sache ist nicht berechtigt, die Einwirkung eines anderen auf eine Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig ist.

In demselben Sinne spricht B. G. B. § 228 von „erforderlich“:

> Wer eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, um eine durch sie drohende Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht widerrechtlich, wenn die Beschädigung oder die Zerstörung zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist.

Dass „notwendig“ im Sinne von „erforderlich“ verwendet wird, geht aus § 227 hervor. § 227, Abs. 1 sagt:

> „Eine durch Notwehr gebotene Handlung ist nicht widerrechtlich“

und definiert dann:

„Notwehr ist diejenige Verteidigung, die erforderlich ist.“ Ohne die Beispiele[55]) weiter zu verfolgen, ziehen wir aus dem Gesagten das Resultat, dass von Unmöglichkeit einer Leistung, die in einem Unterlassen besteht, im strengen Sinne nicht die Rede sein kann. Das ist eben eine Folge des logischen Fehlers, der in der Zusammenstellung zweier mit einander unvereinbarer Begriffe liegt.

B) Aus den Beispielen geht hervor, dass man von Notwendigkeit im weiteren Sinne dann sprechen kann, wenn nur Erforderlichkeit vorliegt. Hier wird von Unmöglichkeit einer Leistung, die in einem Unterlassen besteht, in dem relativen Sinne gesprochen, der eine Verwendung auf menschlische Handlungen gestattet.

Wann muss man nun in diesem letzteren Sinne von Unmöglichkeit von Leistungen, die in einem Unterlassen bestehen, reden?

Die Frage lässt sich einheitlich nicht beantworten.

I. Zunächst ist stets eine Unmöglichkeit der Leistung, die in einem Unterlassen besteht, vorhanden, wenn der Erfüllung einer Privatverpflichtung zur Unterlassung eine zwingende Vorschrift des öffentlichen Rechts entgegensteht.[56])

Hierher gehören Fälle, wie diese:

A. verspricht dem B., nicht nach der Stadt X. zu kommen, weil er dem B. lästig ist. Er kommt in die Garnisonstadt X. als Soldat, als Beamter, als Ehefrau.[57]) Oder: A. verspricht dem B., keine Konkurrenz zu machen. Er wird zum Vormund des C., eines Konkurrenten des B., dessen Geschäft er führen muss, ernannt. In diesem Falle erfüllt ja B. eigentlich insofern seine Unterlassungspflicht, als nicht er dem B. Konkurrenz macht. Aber meist wird es doch so liegen, dass dem A. vor allem daran liegt, dass der sehr geschäftskundige B. ihm

---

[55]) Weitere Beispiele bei Wendt a. a. O. S. 56.

[56]) Vgl. oben § 6 dass die Unterlassung im Sinne des § 6 unmöglich wird, wenn öffentliche Pflichten ihre Uebertretung fordern, bedarf keines weiteren Worts. Denn selbst bei Aufwand aller Kräfte wird es dem Schuldner unmöglich sein, sich der öffentlichen Pflicht zu entledigen.

[57]) B. G. B. § 10.

nicht Konkurrenz macht. Und da wird es für A. ohne Belang sein, ob B. im eigenen Namen oder im fremden die Geschäfte macht.

Hierher gehört ferner: A. verspricht dem B., nicht gegen ihn zu zeugen. A. wird vom Gericht als Zeuge berufen und muss nun — gegen seine Vertragspflicht — aussagen. — Die Berechtigung, die öffentliche Verpflichtung über die Privatverpflichtung zu stellen, ergiebt sich auch aus dem B. G. B. selbst. § 677 legt dem Geschäftsführer ohne Auftrag die Verpflichtung auf, sich mit dem vermutlichen oder dem wirklichen Willen des Geschäftsherrn nicht in Widerspruch zu setzen, und macht ihn schadenersatzpflichtig, auch wenn ihm sonst ein Verschulden nicht zur Last fällt. § 679 dagegen bestimmt, dass ein der Geschäftsführung entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn nicht in betracht kommt, wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn nicht erfüllt würde, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt (vgl. § 683 Abs. 2). Ebenso wie hier das öffentliche Interesse über den Privatwillen gestellt wird, wie die Privatverfügung gegenüber der öffentlichen Pflicht als belanglos behandelt wird, ebenso ist es in den oben angeführten Fällen zu halten.[58])

II. Unmöglichkeit der Leistung, die in einem Unterlassen besteht, ist ferner gegeben, wenn nach Strafgesetzbuch oder B. G. B. ein Thun aus Notwehr oder unverschuldetem Notstand geboten war, oder wenn unwiderstehliche Gewalt oder Drohung mit unmittelbarer Gefahr für Leib und Leben (§ 52 St. G. B.) den Verpflichteten gezwungen haben, seine Unterlassungspflicht nicht zu erfüllen.

C) Nachdem festgestellt worden ist, dass von Unmöglichkeit einer Leistung, die in einem Unterlassen besteht, im strengen Sinne nicht gesprochen werden kann, dass wir aber zu brauchbaren Ergebnissen gelangen, wenn wir auf die Gleichstellung von Notwendigkeit und Erforderlichkeit in den Gesetzen (St. G. B. und B. G. B.) eingehen, bleibt noch eine dritte

[58]) Vgl. dazu Wendt, a. a. O. S. 60.

Art der Unmöglichkeit der Unterlassung. Gehen wir von Beispielen aus: A. verspricht dem B., die vom B. innegehabte Wohnung nicht auszumieten. Am Tage des Vertragsschlusses war das Haus, in dem sich die Wohnung befand, bereits niedergebrannt, und das Grundstück wird nicht bebaut. Oder:[59]) A. verspricht dem B., nicht bei der am 1. Juli stattfindenden Versteigerung mit zu bieten. Die Versteigerung fällt aus.

Es handelt sich überall darum, dass mit Rücksicht auf bestimmte Anlässe eine gewisse Thatsache abgewehrt oder verhütet werden soll, oder dass eine Person ein Interesse daran hat, dass eine andere Person etwas Bestimmtes nicht vornimmt. Meist wird beides gleichzeitig vorliegen. Die Voraussetzung dafür, dass einem Vertrage ein derartiger Inhalt gegeben wird, ist doch die, dass an sich der durch den Vertrag zum Unterlassen Verpflichtete überhaupt in der Lage ist, seiner Verpflichtung nachzukommen. Diese Voraussetzung würde im letzteren Falle doch nur vorliegen, wenn es zu der Versteigerung kommt. Wenn die Versteigerung aber ausfällt, liegt Unmöglichkeit der Leistung vor. Nicht in dem Sinne einer notwendigen Uebertretung, wie das sub B. der Fall war. Denn Uebertretung ist ja nicht möglich, weil keine Versteigerung stattfindet. Aber aus demselben Grunde ist auch eine Erfüllung unmöglich. Es ist keine Möglichkeit der Erfüllung, aber auch keine der Uebertretung. Wendt[60]) sagt ganz richtig: „Im Leben würde man sagen, das Versprechen sei gegenstandslos geworden; die juristische Formel dafür wäre aber doch Unmöglichkeit der Erfüllung."

§ 10. Der Einfluss der Unmöglichkeit auf Unterlassungsverbindlichkeiten.

I. Der Einfluss der Unmöglichkeit der Leistung bei Schuldverhältnissen ist im B. G. B. nicht im Zusammenhange geregelt. In den §§ 323, 324, 325 ist der Einfluss der Unmöglichkeit der Leistung bei gegenseitigen

[59]) Wendt, a. a. O. S. 57.
[60]) Vgl. dazu Wendt, a. a. O. S. 60.

Verträgen geregelt. Ferner finden sich in den §§ 275, 279, 280, 281 und 282, dann in den §§ 306, 307, 308 Bestimmungen über die Wirkung der Unmöglichkeit der Leistung auf Schuldverhältnisse im allgemeinen. Die in den §§ 275, 279, 280, 281, 282, 306, 307 und 308 enthaltenen Bestimmungen gelten auch für die gegenseitigen Verträge. Es ist demnach zunächst (im § 10) darzustellen, wie die Unmöglichkeit der Leistung auf Unterlassungsverbindlichkeiten im allgemeinen einwirkt; dann der Einfluss der Unmöglichkeit der Leistung bei gegenseitigen Verträgen (§ 11).

II. Der Einfluss der Unmöglichkeit der Leistung bei Unterlassungsverbindlichkeiten ist nun im einzelnen darzulegen.[61])

> § 275, Abs. 1. Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstands, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird.

Dieser Grundsatz findet auf alle Schuldverhältnisse Anwendung, aus denen sich Unterlassungsverbindlichkeiten ergeben können. Der Grundsatz des § 275 liegt auch den gegenseitigen Verträgen zu Grunde, wenn auch § 323 dies nicht direkt ausspricht.

> § 275, Abs. 2. Einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich.

Der Absatz 2 enthält mehrere Thatbestände. Es wird bei der nachfolgenden Unmöglichkeit vom Gesetz unterschieden, ob die Unmöglichkeit vom Schuldner zu vertreten ist oder nicht. Daher enthält § 275 Abs. 2 folgendes:

> I. Einer nach Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit, die der Schuldner zu vertreten hat, steht das nachträgliche Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich.

[61]) Das Genauere über den Einfluss der anfänglichen Unmöglichkeit und der nachfolgenden wird im § 11 gegeben.

II. Einer nach Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit, die der Schuldner nicht zu vertreten hat, steht das nachträgliche Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich.

Das in diesem Absatz des § 275 ausgedrückte Princip findet auf Unterlassungsverbindlichkeiten Anwendung. — Ueber den Einfluss der nachfolgenden Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen bestimmen die §§ 323, 324. 325. Nach § 275 Abs. 2 würden die §§ 323, 324, 325 analog zur Verwendung kommen, wenn es sich um nachträgliches Unvermögen des Schuldners bei gegenseitigen Verträgen handelt.

§ 279. Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, so lange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt.

Der Paragraph ist für Unterlassungsverbindlichkeiten unanwendbar. § 279 setzt voraus, dass der „geschuldete Gegenstand" sowohl als *species* wie als *genus* überhaupt in betracht kommen kann. Was unter „geschuldeter Gegenstand" zu verstehen ist, ergiebt sich aus den Motiven II. S. 10. „Die Vorschriften des Entwurfs haben nur die generische Sachobligation im Auge. Generische Obligationen, deren Gegenstand eine Handlung ist, sind äusserst selten und haben einen so eigentümlichen Charakter, dass sie sich nicht unter die allgemeinen Regeln subsumieren lassen, bei ihrer Beurteilung vielmehr die besonderen Umstände des einzelnen Falles entscheiden müssen."

Daraus geht höchstens hervor, dass die Vorschrift des § 279 analog zur Anwendung zu bringen wäre, wenn einmal der Fall eintreten sollte, dass eine Handlung generisch geschuldet wird, und der Schuldner unvermögend zur Leistung wird. Praktisch dürfte ein solcher Fall kaum vorkommen. Jedenfalls sind Fälle, in denen generische Handlungen geschuldet werden, principiell möglich. Beispiel: Jemand bestellt bei einer Konzertagentur 5 Musiker, die zur Tafel aufspielen sollen.

Ist das nun auch bei negativen Handlungen ebenso? Es könnte daran gedacht werden, dass die Fälle so liegen, dass der Substrat der Unterlassungsverbindlichkeit generell in betracht kommen kann; z. B. der Kunsthändler B. verpflichtet sich dem Kunsthändler A. gegenüber, bei allen Kunstauktionen, in denen Menzelsche Bilder verkauft werden, nicht mitzubieten. Es könnte — wenn auch kaum praktisch! — sein, dass die Innehaltung eines solchen Vertrages unmöglich würde. Beispiel: B. hat ein Menzelsches Bild an C. verkauft, bevor er den Vertrag mit A. abschloss und hat beim Vertragsabschluss an das dem C. gegebene Versprechen nicht gedacht. B. hat dem C. eine hohe Vertragsstrafe versprochen, falls er ihm nicht den Menzel übergeben und übereignen sollte. Da nun Unmöglichkeit der Leistung nicht bloss vorliegt (§ 6), wenn die Leistung für keinen Menschen auszuführen ist, sondern auch dann, wenn der Leistung unüberwindliche Hindernisse entgegenstehen, wozu auch sehr hoher Vermögensschaden zu rechnen ist, so wäre auch eine generell versprochene Unterlassung in diesem Sinne denkbar. Es ist allerdings m. E. nicht anzunehmen, dass es sich in diesem Falle um eine generelle Unterlassung handelt. M. E. giebt es solche überhaupt nicht. Nimmt man sie doch als gegeben an, so wären diese Fälle so eigenartig, dass auch dann eine analoge Anwendung des § 279 auszuschliessen wäre. Ausserdem würde immer zu erwägen sein, ob Verträge so allgemeinen Inhalts, wie ihn Unterlassungsverbindlichkeiten haben müssten, überhaupt rechtsverbindlich abgeschlossen werden könnten.

> § 280. Soweit die Leistung infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, hat der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen u. s. w.

§ 280 findet auf alle Schuldverhältnisse Anwendung. Das nähere über vertretbare Unmöglichkeit bei Unterlassungsverbindlichkeiten im § 11, B. II. Ueber teilweise Unmöglichkeit vgl. § 8.

> § 281. Erlangt der Schuldner infolge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den

geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen etc.

Das im § 281 ausgesprochene Surrogationsprinzip liegt auch den gegenseitigen Verträgen zu Grunde. Bei der Behandlung des § 323 a. E. wird auszuführen sein, dass dieses Prinzip keine Anwendung auf Unterlassungsverbindlichkeiten erleidet.

§ 282. Ist streitig, ob die Unmöglichkeit der Leistung die Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes ist, so trifft die Beweislast den Schuldner.

Unten im § 11 sub A. II sind zwei Gruppen von Fällen von Unmöglichkeit unterschieden, die vom Schuldner zu vertreten ist. In beiden Fällen würde die Beweislast nach § 282 zu verteilen sein. Es ist davon auszugehen, dass bei einer Uebertretung der Unterlassungspflicht der Gläubiger z. B. eine versprochene Vertragsstrafe einklagen kann. Der Schuldner hätte sich zu exkulpieren, indem er nachweist, dass eine gesetzliche Vorschrift ihn zur Uebertretung veranlasst hat. Wenn der Schuldner diesen Beweis erbracht hat, so würde weiterhin der Schuldner in den Fällen des § 11, A. II, 2 — wenn also der Gläubiger vorgebracht hat, dass der Schuldner es bewirkt hat, dass ihm die Leistung unmöglich wird, — zu beweisen haben, dass der die Leistung unmöglich machende Umstand nicht von ihm zu vertreten sei.

§ 306. Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig.

Der Paragraph ist für Unterlassungsverbindlichkeiten anwendbar. Setzen wir statt des farblosen Formalbegriffs „Leistung“ Unterlassung ein, so ergiebt das: Ein auf eine unmögliche Unterlassung gerichteter Vertrag ist nichtig.

§ 307. Wer bei Schliessung eines Vertrags, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, die Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen muss, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere Teil u. s. w.

Die Anwendbarkeit dieses Paragraphen ist mit der Anwendbarkeit des § 306 gegeben.

> § 308. Die Unmöglichkeit der Leistung steht der Gültigkeit des Vertrages nicht entgegen, wenn die Unmöglichkeit gehoben werden kann, und der Vertrag für den Fall geschlossen ist, dass die Leistung möglich wird. Wird eine unmögliche Leistung unter einer anderen aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins versprochen, so ist der Vertrag gültig, wenn die Unmöglichkeit vor dem Eintritte der Bedingung oder des Termins gehoben wird.

§ 308 ist ebenfalls anwendbar. Nehmen wir den Fall: Jemand steht in der Garnisonstadt X. beim Militär. Er verspricht, sich auf längere Zeit nicht mehr in X. zu zeigen, wenn seine Dienstpflicht abgelaufen ist. Es wird die versprochene Unterlassung von der zur Zeit des Vertragsabschlusses vorliegenden Unmöglichkeit nicht berührt. — Ueber den Abs. 2 vgl. § 6 II.

§ 11. Die Unmöglichkeit einer Unterlassung bei gegenseitigen Verträgen.

Wenn Unterlassungsverbindlichkeiten praktisch in betracht kommen, so werden diese in der Regel aus gegenseitigen Verträgen stammen. Der eine Teil verpflichtet sich zu einer Unterlassung, der andere gewährt ihm eine Gegenleistung. Meist werden sie auch so noch nicht vorkommen, sondern meist wird ein Versprechen, etwas zu unterlassen, als Accessorium der Verpflichtung des einen Vertragsteils in Frage kommen. Und das gilt sowohl für die Unterlassungsverbindlichkeiten, die aus einseitigen Rechtsgeschäften stammen, wie für die aus gegenseitigen Verträgen.

A. Da ist zunächst der Einfluss der anfänglichen Unmöglichkeit auf Unterlassungsverbindlichkeiten zu untersuchen.

Anfängliche Unmöglichkeit liegt dann vor, wenn die Unmöglichkeit bereits zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhanden ist.

Es sollen hier zwei Gruppen von Fällen unterschieden

werden. Die Unmöglichkeit der Unterlassung ist entweder zurückführbar auf Umstände, die ausserhalb der Person des Verpflichteten liegen, oder auf solche, die in der Person des Verpflichteten begründet sind.

1. Im ersten Falle lässt sich ohne weiteres von anfänglicher Unmöglichkeit der Unterlassung sprechen. Beispiele: A. verspricht dem sich in der Stadt X. aufhaltenden B., nicht das von B. mietsweise bewohnte Haus in Z. auszumieten; das Haus war ohne Wissen der Kontrahenten zur Zeit des Vertragsabschlusses bereits niedergebrannt. Oder: A. verspricht am 15. III. 1902 dem B., nicht bei der am 1. IV. stattfinden Versteigerung der Sachen des C mitzubieten; die Versteigerung war am 12. III., ohne dass die Parteien darum wussten, aufgehoben worden.

Es handelt sich um die Fälle, in denen es dem Schuldner nicht möglich ist zu übertreten; daher auch nicht zu erfüllen. (oben § 9 C.) Was durch den Vertrag erzielt werden sollte, liegt bereits zur Zeit des Vertragsabschlusses, ohne dass eine der Parteien es weiss, als notwendig vor. Das ist von Wichtigkeit. Durch den Vertrag sollte etwas für den Gläubiger erzielt werden. Was jetzt vorliegt, ist etwas wesentlich Anderes. Durch den Wegfall der Versteigerung muss der Schuldner unterlassen. Dieses Unterlassen-Müssen hat scheinbar denselben Zustand zur Folge wie das Unterlassen-Sollen, wenn dieses prästiert wird: der Schuldner bietet nicht mit. Der Unterschied liegt darin, dass im ersteren Falle der Schuldner zur Passivität gezwungen ist; es ist absolut notwendig, dass er unterlässt. Man kann den Gegensatz so formulieren: Im ersten Falle thut der Schuldner nicht, weil er nicht thun kann; im zweiten thut er nicht, weil er nicht thun will. In beiden Fällen thut der Schuldner nicht. Aber das Unterlassen im ersten Falle ist ganz anders geartet als das im zweiten.[62])

[62]) Zur Erläuterung des obigen diene das Beispiel: A. giebt dem B. 50 Mk dafür, dass er bei der bestimmten Versteigerung nicht mitbietet. B. kümmert sich auch um diese garnicht. Eines Tages verlangt A. unter

2. Wir kommen zu der Untersuchung, ob es denkbar ist, dass eine Unterlassung unmöglich wird, wenn die Unmöglichkeit auf Umstände zurückzuführen ist, die in der Person des Verpflichteten begründet sind.

Auch hier ist eine anfängliche Unmöglichkeit denkbar. In den unter 1. behandelten Fällen war es immer so, dass die Parteien ein Ereignis, dass die Unterlassung unmöglich machte, nicht kannten und in ihrer Unkenntnis paktierten. Der Schuldner kann aber nicht bloss über ein Ereignis in Unkenntnis sein, sondern auch über solche Umstände, die in seiner Person begründet sind. Nehmen wir folgenden Fall: Frau A. glaubt, ihr Mann sei tot; sie verspricht dem B., dem aus bestimmten Gründen daran gelegen ist, sich nicht in X. sehen zu lassen. Später stellt sich heraus, dass ihr Mann lebt und in X. seinen Wohnsitz hat.

Es kann mitunter recht zweifelhaft sein, ob wir es mit anfänglicher oder nachfolgender Unmöglichkeit zu thun haben. A. verspricht dem B., sich innerhalb eines Jahres, von dem Tage der Abgabe des Versprechens an gerechnet, nicht in X. zu zeigen; er steht bereits auf der Geschworenenliste und muss, wenn er nicht dringend verhindert ist, als Geschworener nach X. Diese öffentliche Pflicht war schon zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhanden. Damals war bereits die Jahres- und Spruchliste (G. V. G. § 89) fertig gestellt M. E. läge hier nachträgliche Unmöglichkeit vor.

Nehmen wir folgenden Fall: Jemand ist in X. beim Militär; er verpflichtet sich, sich nicht mehr in X. sehen zu lassen, obwohl er zur Zeit, in der er das Versprechen ab-

---

dem Hinweis, die Versteigerung habe nicht stattgefunden, seine Leistung zurück (§ 812). B. sagt, er habe unterlassen. A. behauptet mit Recht, jener habe nicht unterlassen; allerdings sei der Zustand, der für B. jetzt vorhanden ist, derselbe, wie wenn er unterlassen hätte: es ist nichts der Pflicht Widersprechendes gethan worden. Aber: er habe unterlassen müssen. Jedem gegenüber; also auch ihm, dem Gläubiger gegenüber. B. habe nicht mit Rücksicht auf die Vertragspflicht gehandelt, noch handeln können. Der Vertrag sei nichtig; daher fordere er die ungerechtfertigte Bereicherung zurück.

giebt, sich thatsächlich in X. befindet und dort noch zwei Tage -- dann ist seine Dienstpflicht abgelaufen — bleiben muss. Hier kann eine gültige Abmachung vorliegen; deren Giltigkeit würde durch den Mangel einer korrekten Fixierung des Vertragsinhalts nicht leiden. Der Vertrag kann vernünftigerweise nur bedeuten, dass er nach Ablauf seiner Dienstpflicht nicht nach X. kommen würde. Dann liegt aber keine anfängliche Unmöglichkeit vor. Das Versprechen, sich nicht in X. zu zeigen, bezieht sich auf die Zukunft. Es gilt erst von dem Zeitpunkte an, in dem seine Dienstpflicht abgelaufen ist. Die Innehaltung dieses Versprechens wird durch eine Unmöglichkeit, die vor dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Versprechens liegt, garnicht berührt —

Anfängliche Unmöglichkeit bei Unterlassungsverbindlichkeit ist demnach sowohl in den sub 1 wie den sub 2 angeführten Fällen prinzipiell möglich. (Vgl. § 10 a. E.)

B. Nachfolgende Unmöglichkeit.

Wenn der Schuldner durch öffentlich-rechtliche Pflichten, denen er sich nicht entziehen kann, die gebieterisch über ihn kommen, abgehalten wird, seine vertragsmässig übernommene Unterlassungspflicht zu erfüllen, so ist diese unmöglich. Das gilt selbstverständlich nur dann, wenn der Schuldner an sich den Willen und die Macht hatte, eine übernommene Verpflichtung zur Ausführung zu bringen. Die Sache muss so liegen, dass der Schuldner seiner vertraglich übernommenen Unterlassungspflicht nachgekommen wäre, wenn nicht die öffentliche Pflicht — (um eine solche wird es sich ja in der Regel handeln, wenn natürlich auch für die übrigen (oben § 9) angegebenen Gründe das gleiche gilt,) — sich gebieterisch zwischen seinen Willen zur Prästierung der Unterlassungspflicht und die Ausführung dieses Willens gedrängt hätte.

Daraus geht mit Deutlichkeit hervor, dass eine öffentliche Pflicht zum Thun immer erst in betracht kommen kann, wenn ein Schuldverhältnis auf ein Unterlassen vorhanden ist. Die Verpflichtung, etwas zu thun, setzt voraus, dass man bis dahin nicht gethan habe. Und wenn ein Schuldverhältnis auf ein

Unterlassen erst vorhanden ist, wenn eine öffentliche Pflicht zur Uebertretung eintritt, so liegt nachträgliche Unmöglichkeit vor, — sofern der Satz zugestanden wird, dass eine öffentliche Verpflichtung zum Thun[63]) eine privatrechtlich versprochene Unterlassung aufhebt, d. h. unmöglich macht. Nachfolgend ist die Unmöglichkeit, weil sie nach Abschluss des Vertrages eintritt (oben § 7).

Das B. G. B. macht die Wirkungen der nachfolgenden Unmöglichkeit davon abhängig, ob der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat oder nicht. Hat er sie zu vertreten, dann ist statt der unmöglichen Leistung regelmässig eine andere zu bewirken, während der Schuldner regelmässig frei wird, wenn er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat.

Ein Thun kann von einem Bürger eines Rechtsstaates nur gemäss den Gesetzen verlangt werden. Oeffentliches Recht ist zwingendes Recht. Es ist weder jemand in der Lage, sich den öffentlichen Pflichten zu entziehen, noch durch Abmachungen mit der Staatsgewalt einen Aufschub zu erlangen aus dem Grunde, weil es ihm sonst nicht möglich wäre, seinen privaten Verpflichtungen, die auf ein Unterlassen gehen, zu genügen: *Jus publicum pactis privatorum mutari non potest!* Da aber solche Abmachungen mit der Staatsgewalt nicht vorkommen können, so musste man den Satz aufstellen, dass alle Verpflichtungen des einzelnen aus Verträgen erlöschen, wenn sie in Widerspruch geraten zu der öffentlichen Pflicht. Das ist dadurch geschehen, dass man den Schuldner nur für Verschulden haften lässt. Und es kann natürlich kein Verschulden vorliegen, wenn man der ersten und obersten Pflicht des Bürgers nachkommt, die Gesetze seines Landes zu beobachten.

Wir haben es also mit nicht zu vertretender Unmöglichkeit nur dann zu thun, wenn die Pflicht zum Thun auf eine gesetzliche Vorschrift gestützt werden kann, oder wenn sich das Thun als notwendige Konsequenz aus der gesetzlichen Vorschrift ergiebt. Es giebt ja keine ausdrückliche Gesetzes-

[63]) Es ist bei diesen öffentlichen Pflichten zum Thun immer an Imperativ-gesetze zu denken; nicht an blosse Permissivgesetze (z. B. Ausübung des Wahlrechts).

vorschrift, die den Vormund verpflichtet, das Geschäft des Mündels zu führen. Eine Pflicht dazu ist aber aus § 1793 B.G.B. zu entnehmen, der dem Vormund vorschreibt, für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen. Wenn also das Mündel ein Geschäft hat, so ist der Vormund gemäss der sich aus § 1793 ergebenden Konsequenzen zur ordnungsmässigen Führung des Geschäfts verpflichtet. Es ist belanglos, dass der Vormund vorher dem B. versprochen hat, seine kaufmännischen Erfahrungen sicht in X. zu verwerten. Die öffentliche Pflicht macht ihm seine Unterlassungspflicht unmöglich, ohne dass er die Unmöglichkeit zu vertreten brauchte. Dasselbe gilt, wenn Notwehr, Notstand, Amts- und Dienstpflicht den Schuldner zur Uebertretung einer versprochenen Unterlassung zwingen.

Wenn der Schuldner seiner Unterlassungspflicht zuwiderhandelt, ohne dass ihm eine gesetzliche Vorschrift zur Seite steht, die ihn zur Uebertretung gezwungen hat, so liegt ja, streng genommen, nicht ein Nicht-Leisten-Können, sondern ein Nicht-Leisten-Wollen vor. Zu dem objektiv rechtswidrigen Zustand, der ja auch herbeigeführt wird, wenn eine öffentliche Pflicht den Verpflichteten zur Uebertretung zwingt, der also auch bei den sub I betrachteten Fällen gegeben ist, tritt hier noch das subjektive Moment: die Verschuldung. Daraus haftet der Schuldner. Man könnte nur im Zweifel sein, ob man die Uebertretung einer Unterlassungspflicht, die einfach darauf beruht, dass der Schuldner nicht leisten will, obwohl er leisten könnte, wenn er wollte, als Unmöglichkeit zu betrachten habe. Man kommt aber dazu, Unmöglichkeit anzunehmen aus folgender Erwägung:

Wenn der Schuldner nicht leisten wollte und daher die Unterlassungsverbindlichkeit übertreten hat, so wird ihm die ordnungsmässige Prästierung seiner Pflicht in ihrer Vollständigkeit unmöglich. Er kann nicht mehr ordnungsmässig leisten. Das Nicht-Leisten-Wollen bewirkt ein Nicht-Leisten-Können. Gegenüber der Thatsache, dass der Schuldner nach der Uebertretung nicht mehr leisten kann, kommen die Gründe, aus denen die Thatsache, dass er nicht mehr leisten kann,

resultiert, nicht in betracht. Wenn er einmal übertreten hat, dann ist die Leistung unmöglich geworden; der Wille des Schuldners kommt nur darum in betracht, weil aus ihm sich die Haftung des Schuldners ergiebt.

Die Fälle können so liegen, dass eine vertretbare Unmöglichkeit einer Unterlassung augenscheinlich ist. Es können sich aber auch Fälle ergeben, in denen man haftet, obwohl scheinbar eine auf das Gesetz zu stützende Pflicht zum Thun vorhanden ist.

1) Wenn jemand verspricht, kein Konkurrenzgeschäft innerhalb 3 Jahren aufzumachen, und er dies doch thut, dann ist es ganz offenbar, dass er sich nach der Eröffnung eines Geschäfts die Erfüllung seiner Unterlassungspflicht unmöglich gemacht hat.

Ebenso offenbar ist es, dass er wegen der Nichterfüllung der Vertragspflicht zu haften hat. So liegt es also immer, wenn der Schuldner einfach nicht erfüllen will, und daher seine Unterlassungspflicht übertreten hat.

2) Nehmen wir andererseits folgende Fälle: Jemand verspricht, nicht nach X. zu kommen. Er muss Soldat werden und bittet, in der Garnison X. eingestellt zu werden. Oder er ist Beamter und bittet um seine Versetzung nach X. Oder der Schuldner ist Ehefrau (*domicilium necessarium* B. G. B., § 10), die ihren Mann, der Beamter ist, bittet, sich nach X. versetzen zu lassen. Die Bitte wird in allen Fällen an die vorgesetzte Behörde darum gerichtet, damit es dem Schuldner möglich ist, unter Berufung auf das Gesetz sich von der privatrechtlich übernommenen Verpflichtung zu befreien.

Der Grund, aus dem die privatrechtlich übernommene Unterlassungspflicht unmöglich wird, ist ja allerdings die Vorschrift des Gesetzes, die den Soldaten dorthin gehen heisst, wohin er berufen wird, den Beamten dorthin, wohin er im Interesse des Dienstes geschickt wird. Aber für die Frage nach der Haftung für die Unmöglichkeit der Unterlassung würde eine Feststellung: der Schuldner habe sich versetzen lassen etc. von Bedeutung sein. Die Befugnisse, die sich aus

öffentlich rechtlichen Pflichten ableiten, dürfen nicht in der Weise verwandt werden, dass man selbst darauf hinwirkt, dass eine Collision von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlich übernommenen Pflichten eintritt. In allen diesen Fällen, in denen festgestellt wird, der Schuldner habe auf die vorgesetzte Behörde eingewirkt, habe um seine Versetzung nach dem bestimmten Orte gebeten, wird ihn eine Berufung auf die öffentlichen Pflichten nicht vor der Haftung für die von ihm herbeigeführte Unmöglichkeit der Unterlassung schützen.

Die Bestimmungen des B. G. B. über nachfolgende Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen finden sich in den §§ 323, 324, 325. Es ist im einzelnen darzulegen, ob und inwieweit diese Paragraphen auf Leistungen Anwendung finden, die in einem Unterlassen bestehen.

> § 323. Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teil obliegende Leistung infolge eines Umstands unmöglich, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung.

Dieser Teil des § 323 enthält eine Bestimmung darüber, was aus der Gegenleistung wird, wenn nachträgliche, nicht zu vertretende Unmöglichkeit vorliegt. Ueber die Leistung selbst bestimmt § 275, der für alle Schuldverhältnisse gilt, gleichviel, ob sie aus Verträgen oder einseitigen Rechtsgeschäften stammen:

> Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstands, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird.

Der Schuldner einer Unterlassung wird also frei; er verliert den Anspruch auf die Gegenleistung.

> § 323, S. 2. Bei teilweiser Unmöglichkeit mindert sich die Gegenleistung nach Massgabe der §§ 472, 473.

Ueber die Fälle, in denen S. 2 in Anwendung kommt, ist oben (§ 6) gesprochen worden.

> § 323, S. 3. Verlangt der andere Teil nach § 281 Herausgabe des für den geschuldeten Gegenstand er-

langten Ersatzes, oder Abtretung des Ersatzanspruchs, so bleibt er zur Gegenleistung verpflichtet; diese mindert sich jedoch nach Massgabe der §§ 472, 473 insoweit, als der Wert des Ersatzes oder des Ersatzanspruchs hinter dem Werte der geschuldeten Leistung zurückbleibt.

Aus dem Worte „Gegenstand" geht hervor, dass diese Vorschrift nur auf Leistungen, deren Inhalt ein dare ist, zutrifft. — Man könnte daran denken, dass z. B. A., der versprochen hat, nicht nach X. zu gehen und als Soldat nach X. gehen muss, Sold bekommt. Den Sold bekommt er aber nicht, „infolge des Umstands, der die Leistung unmöglich macht", sondern aus anderen Gründen, die mit seiner Unterlassungspflicht und deren Unmöglichwerden garnicht in Berührung stehen.

§ 323, S. 4. Soweit die nach diesen Vorschriften nicht geschuldete Gegenleistung bewirkt ist, kann das Geleistete nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden.

Dieser Satz 4 ist auf Unterlassungsverbindlichkeiten anwendbar.

2) § 324, S. 1. Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teil obliegende Leistung infolge eines Umstands, den der andere Teil zu vertreten hat, unmöglich, so behält er den Anspruch auf die Gegenleistung.

Aus dem Begriff der Unmöglichkeit, wie er im § 6 oben festgestellt wurde, ergiebt es sich, dass dem Schuldner eine Leistung unmöglich wird, wenn sie nur mit überobligationsmässigem Kraftaufwand prästiert werden könnte. Der Gläubiger kann nun selbst die Ursache setzen, dass dem Schuldner in dieser Weise eine Leistung unmöglich wird. Beispiel: A. verpflichtet sich, dem B. keine Konkurrenz zu machen; er verpflichtet sich ferner, dem B. 1000 Mk. Vertragsstrafe zu zahlen, falls er, in welcher Eigenschaft auch immer, es doch thut. Dafür verspricht B. dem A., für jedes Jahr, in dem ihm A. keine Konkurrenz macht, 100 Mk. zu geben. B. möchte sich

dieser Verpflichtung gern entledigen. Er ist Gemeindewaisenrat und schlägt als solcher den A. als Vormund für C. vor. (B. G. B. § 1849.) A. wird zum Vormund ernannt und muss das Geschäft des C. führen, das dem B. Konkurrenz macht. — Der Grund, aus dem die Unmöglichkeit der Unterlassung für A. resultiert, ist ja nicht der Vorschlag des Gemeindewaisenrats, sondern die Auserwählung durch das Vormundschaftsgericht. Trotzdem wird für die Verschuldungsfrage der Umstand erhebliche Bedeutung haben, dass B. gerade den A. vorschlägt, obwohl ein besonderer Grund dafür nicht vorliegt. B. wird sich auf seinen *dolus* nicht berufen können. Es ist billig, dass A., der natürlich von seiner Unterlassungspflicht befreit ist, solange das Hindernis andauert (§ 275), den Anspruch auf die Gegenleistung behält.

> § 324, S. 2. Es muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.

Die Vorschrift ist unanwendbar für Unterlassungsverbindlichkeiten. Wenn jemand nichts thut, kann er darauf keine Aufwendungen machen; infolge dessen auch nichts ersparen, wenn er zum Thun gezwungen wird. „Anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft" zeigt des weiteren, dass die Bestimmung nur für positive Leistungen in betracht kommen kann.

> § 324, S. 3. Das Gleiche gilt, wenn die dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu einer Zeit unmöglich wird, zu welcher der andere Teil im Verzuge der Annahme ist.

Auch dieser Teil des § 324 entfällt für die Unterlassungsverbindlichkeiten. Denn der Gläubiger einer Unterlassungsverpflichtung kann nicht im Verzuge der Annahme sein (vgl. unten § 16).

3. § 325. Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teil obliegende Leistung infolge eines Umstands, den er zu vertreten hat, unmöglich, so kann der andere

Teil Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten.

Dieser Teil findet nach den Ausführungen im § 10 B Anwendung.

§ 325, S. 2. Bei teilweiser Unmöglichkeit ist er, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse hat, berechtigt, Schadenersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach Massgabe des § 280 Absatz 2 zu verlangen, oder von dem ganzen Vertrage zurückzutreten.

Die Anwendbarkeit dieses Teils ist gegeben.

§ 325, S. 3. Statt des Anspruchs auf Schadenersatz und des Rücktrittrechts kann er auch die für den Fall des § 323 bestimmten Rechte geltend machen.

Vgl. dazu die Bemerkungen zu § 323 (oben § 11 sub. B, 1).

§ 325, S. 4. Das Gleiche gilt im Falle des § 283, wenn nicht die Leistung bis zum Ablaufe der Frist bewirkt wird, oder wenn sie zu dieser Zeit teilweise nicht bewirkt ist.

Die Anwendbarkeit dieses Satzes 4 des § 325 ist nicht gegeben, weil es befristete Unterlassungsverbindlichkeiten nicht giebt. Wenn A. dem B. am 1. Januar 1902 verspricht, vom 1. Juli 1902 ab sich nicht in der Stadt X. zu zeigen, dann ist er bis zum 1. Juli überhaupt nicht verpflichtet. Eine aufschiebende Bedingung oder Befristung im technischen Sinne (§ 158 ff) giebt es bei Verpflichtungen zum Unterlassen nicht (vgl. oben § 6 a. E.).

II. Hauptteil.

III. Kapitel.

Das Verschulden.

§ 12. Der Begriff des Verschuldens im B. G. B.

A) Das B. G. B. steht prinzipiell nicht auf dem Standpunkt, dass jemand für eine Willensbethätigung schon dann

haftet, wenn zwischen der Willensbethätigung und dem Erfolge ein Kausalnexus besteht. Es wird in der Regel verlangt, dass zu der Willensbethätigung und dem durch sie herbeigeführten Erfolge noch ein bestimmtes subjektives Verhalten des Thäters tritt. Das ist das Verschuldungsprincip. Es muss in jedem Falle, in dem nicht gesetzlich etwas anderes gefordert wird, der Thäter den Erfolg verschuldet haben, damit er dafür haftbar gemacht wird. Das Verschulden wird fast übereinstimmend dahin definiert: Verschulden ist die thatsächliche Verantwortung für die begangene rechtswidrige Handlung.[64]) Dasselbe sagt Dernburg:[65]) „Verschulden ist schädigende Rechtsverletzung, welche auf einen Willensfehler des Schädigers zurückführt."

Man kann also von einer objektiven und subjektiven Seite des Verschuldens sprechen. Objectiv muss der rechtswidrige Erfolg auf die Willensbethätigung des Thäters zurückgehen, also kausiert sein; und subjektiv muss die Verknüpfung gegeben sein im Verschulden des Thäters, also verschuldet sein.

Die subjektive Seite der Verschuldung setzt einmal Zurechnungsfähigkeit voraus; ferner Zurechenbarkeit des Erfolges.

1. Es ist hier nicht der Begriff der Zurechnungsfähigkeit festzustellen. Zurechnungsfähig ist civilrechtlich jeder, der nicht aus § 827 und § 828 als nicht zurechnungsfähig anzusehen ist.

2. Der Erfolg muss dem Thäter zuzurechnen sein. Das ist der Fall, wenn der Thäter ihn voraussah, oder wenn der nicht vorausgesehene Erfolg voraussehbar war.

In Uebereinstimmung mit dieser Entwicklung sagt § 276:

> Der Schuldner hat, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten.

I. Der Begriff „Vorsatz" soll nach den Motiven[66]) derselbe sein wie im Strafrecht. Im Strafrecht war zur Zeit der Abfassung der Motive die Willenstheorie die herrschende: Der Erfolg muss wissentlich und willentlich herbeigeführt sein. Diese Willenstheorie ist jetzt im allgemeinen der Vorstellungs-

[64]) von Liszt, a. a. O. § 36.
[65]) a. a. O. S 134.
[66]) Motive I, S. 280.

theorie gewichen: Der Thäter muss den Erfolg vorausgesehen haben. Nach dieser jetzt herrschenden Theorie ist Vorsatz die Voraussicht des durch die Willensbethätigung bewirkten oder nicht gehinderten Erfolgs.[67])

Es fragt sich nun, wie wir den Vorsatz bei Vertragsverhältnissen zu bestimmen haben. Es ist erforderlich, dass der Schuldner seine Vertragspflicht kennt. Ferner, dass er in der Lage ist, diese erfüllen zu können; trotzdem er aber seine Verpflichtung kennt, und trotzdem er fähig wäre, sie zu erfüllen, muss er seine Verpflichtung verletzen. Vorsatz ist also vorhanden, wenn der Schuldner eine ihm obliegende Vertragspflicht, deren er sich bewusst ist und die er erfüllen könnte, nicht erfüllt.

Endemann[68]) sagt fast ebenso: „Vorsatz ist das wissentliche Handeln gegen die Schuldverpflichtung.“ Rehbein[69]) definiert: „Vorsätzlich handelt der Schuldner gegen das Schuldverhältnis, wenn er das Schuldverhältnis weiss, und weiss und will, was er thut, mit dem Bewusstsein, dass dadurch die Verletzung des Schuldverhältnisses und die Schädigung des andern folgen kann.“

Das B. G. B. trennt deutlich Absicht und Vorsatz.[70]) Bei Absicht ist an einen Zweck, der erreicht werden soll, gedacht. Bei Vorsatz ist lediglich der Wille vorhanden, zuwiderzuhandeln. Man kann kurz und treffend sagen: Vorsatz ist Thatwille, Absicht ist Erfolgswille.[71])

II. Der Schuldner muss seine Vertragspflicht gekannt haben, wenn er sie vorsätzlich verletzen soll. Hat er sich über den Inhalt seiner Pflicht im Irrtum befunden, so muss der Vorsatz entfallen. Kennt er irgend ein Moment seiner Pflicht nicht, und handelt er dann dieser Pflicht entgegen, so handelt er nicht vorsätzlich. Und es ist hier, anders als bei der Fahrlässigkeit, belanglos, ob der Irrtum entschuldbar ist

---

[67]) von Liszt, a. a. O. § 39.
[68]) a. a. O. S. 637.
[69]) Komm. S. 100.
[70]) Vgl. Motive II, 280.
[71]) So von Liszt (Vorlesung über Strafrecht).

oder nicht. Ebenso kommt es nicht darauf an, ob der Irrtum ein rechtlicher oder thatsächlicher ist. Aber darauf kommt es an, dass der Irrtum ein wesentlicher ist. Und wesentlich ist ein Irrtum dann, wenn den Thäter die Erkenntnis seines Irrtums, also die Kenntnis des thatsächlichen Verlaufs, von der Begehung der Zuwiderhandlung abgehalten haben würde.[72])

III. Den Begriff der Fahrlässigkeit definiert § 276 dahin, dass fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser acht lässt. Das Gesetz fügt hinzu, dass die Vorschriften der §§ 827 und 828 Anwendung finden. § 827 bestimmt, dass die Verantwortlichkeit nicht eintritt, wenn jemand ohne sein Verschulden in einen Zustand geraten ist, der objektiv dem Thatbestande der Fahrlässigkeit entspricht. Genau genommen entfällt, wenn Verschulden nicht vorhanden ist, eben der Begriff der Fahrlässigkeit. Ebenso liegt es nach § 828, wenn ein Jugendlicher, der das 7., aber nicht das 18. Lebensjahr vollendet hat, die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht nicht hat. Auch dann entfällt mit dem mangelnden subjektiven Verschulden der Begriff der Fahrlässigkeit.

Was unter der „erforderlichen Sorgfalt" im § 276 zu verstehen ist, kann man aus A. L. R. I, 3, § 16 entnehmen:

> „Ein jeder ist aber auch schuldig, in den Geschäften bürgerlichen Lebens Aufmerksamkeit anzuwenden, dass er den Gesetzen gemäss handele."

Die Motive[73]) sagen darüber: „Fahrlässigkeit im Sinne des Entwurfs liegt vor, wenn diejenige Sorgfalt nicht angewendet wurde, welche ein ordentlicher Hausvater in seinen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Der angelegte Massstab verlangt nichts Ausserordentliches, keine Auszeichnung vor anderen, keine besondere körperliche oder geistige Beanlagung, nicht die äusserste Kraftanstrengung, nicht übertriebene Aengstlichkeit. Die pflichtgemässe Sorgfalt wird gemessen an dem Fleisse, der Umsicht, der Thatkraft eines tüchtigen, sorgsamen Haus-

---

[72]) So von Liszt, a. a. O. § 40.

[73]) Motive B. I, S. 279.

vaters, der über die Seinigen und das Seine mit Gewissenhaftigkeit und Treue wacht.“

Das heisst nichts anderes, als dass der Massstab zur Entscheidung der Frage, ob Fahrlässigkeit vorhanden ist oder nicht, ein objektiver sein soll. Selbstverständlich wird dadurch, dass man vom Künstler mehr verlangen kann als vom Handwerker u. s. w. der Massstab kein subjektiver.[74]) Diese verschiedene Wertung entspricht der Verkehrsauffassung.

IV. Wenn ein Vertrag fahrlässigerweise verletzt wurde, so liegt entweder ein Irrtum über die Vertragspflicht vor, oder der Schuldner hat nicht ordnungsgemäss erfüllt.

Wenn es sich um Irrtum handelt, muss gefragt werden, ob das Nichtkennen der Pflichten entschuldbar ist oder nicht. Ist es entschuldbar, hat also der Schuldner die verkehrserforderliche Sorgfalt aufgewandt, so würde nach der Vorschrift des § 827 auf den § 276 verweist, der Begriff der Fahrlässigkeit entfallen.

V. § 276 enthält eine dispositive Vorschrift. Sofern nicht ein anderes bestimmt ist, haftet der Schuldner für Vorsatz und Fahrlässigkeit. Nun kann sowohl durch Gesetz (z. B. § 701, § 702, § 848) wie auch durch Parteiabrede die Haftung erweitert oder beschränkt werden. Die Beschränkung der Haftung darf aber nicht gegen § 276 Abs. 2 verstossen: Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im voraus erlassen werden.

B) Der Schuldner haftet nicht bloss für eignes Verschulden, sondern auch für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient und zwar in der gleichen Weise wie für eignes. — Der zweite Teil des § 278 ist bestritten. Zunächst steht fest, dass der Schuldner ohne weiteres haftet, wenn er zur Zuziehung von Hilfspersonen nach dem Inhalt des Vertrages nicht berechtigt war. Dann liegt das Verschulden des Schuldners darin, dass er nicht in Person erfüllt hat, wie er verpflichtet war. Wenn der Schuldner nun zur Zuziehung von Hilfs-

---

[74]) Vgl. Schollmeyer a. a. O. 5. 100.

personen berechtigt ist, dann haftet er nur, wenn die Zuziehung mit Wissen und Willen des Schuldners erfolgt ist.[75]) Danach haftet Schuldner nicht für das Verschulden eines für den Schuldner leistenden Geschäftsführers ohne Auftrag, auch wenn er nachher dessen Geschäftsführung genehmigt.[76]) Die Zuziehung muss weiter erfolgt sein zur Erfüllung der Verbindlichkeit. Zur Erfüllung gehört nicht bloss der Erfüllungsakt selbst (Uebergabe der Sache), sondern auch die notwendigen Vorbereitungen (Bewahrung der Sache vor Verschlechterung und Untergang) der Erfüllung.[77]) Bestritten ist, ob Schuldner haftet, wenn jemand, der zur Erfüllung einer Verbindlichkeit zugezogen ist, bei dieser Gelegenheit Schaden verursucht. Z. B. Ein Glaserlehrling stiehlt aus dem Zimmer, in dem er zu arbeiten hat, einen Ring, eine Uhr. Eine Haftung des Schuldners ist hier m. E. ausgeschlossen. Hier würde der Schuldner nicht aus dem Kontrakte haften, sondern aus einem Delikt.[78]) Der Lehrling würde hier selbst haften; und daneben der Schuldner aus § 278. — (Das Weitere kommt hier nicht in betracht.)

§ 13. Die Verschuldung bei Unterlassungsverbindlichkeiten.

Es fragt sich, ob die im Vorigen entwickelten Rechtssätze auf Unterlassungen ohne weiteres übertragen werden können. Der Begriff des Verschuldens ist hier derselbe wie bei positiven Leistungen: Rechtsverletzung, die darin liegt, dass der zur Unterlassung Verpflichtete thut, obwohl er nicht thun soll.

Das Verschulden umfasst Vorsatz und Fahrlässigkeit.

I. Vorsatz liegt bei Unterlassungsverbindlichkeiten dann vor, wenn übertreten wird, obwohl man weiss, dass man zur Unterlassung verpflichtet ist und unterlassen kann. Auf die

[75]) Vgl. Endemann S. 654; Dernburg S. 146.
[76]) So Dernburg S. 146.
[77]) So Oertmann S. 39. Schollmeyer S. 104. a. M. Dernburg S. 146.
[78]) So Oertmann S. 39, Dernburg S. 146, ebenso Schollmeyer S. 104.

Absicht, den Gläubiger zu schädigen, kommt es ja nicht an. Der Vorsatz ist lediglich Thatwille; er ist mit dem Thun gegeben.

II. Bei Unterlassungsverbindlichkeiten wird es besonders deutlich, dass Irrtum den Vorsatz ausschliesst. Denn sobald von Irrtum die Rede ist, kennt der Schuldner seine Verpflichtung nicht. Da aber der Schuldner für Vorsatz und Fahrlässigkeit haftet, würde, wenn Vorsatz nicht vorhanden ist, immer noch Fahrlässigkeit in betracht kommen. Wenn es sich bei Fahrlässigkeit um Irrtum handelt, so ist zuzusehen, ob der Irrtum wesentlich ist oder nicht.

Es gelten also dieselben Grundsätze, die über Verschulden entwickelt wurden, für positive und negative Handlungen.

III. Kann es sich auch um die Vertretungspflicht des Unterlassungsschuldners für das Verschulden Dritter handeln?

In der grössten Anzahl der Fälle kommt es darauf an, dass auf einem Grundstück, in einer Wohnung etc. gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen. Es würde in derartigen Klauseln ein doppeltes liegen: Einmal eine Unterlassungspflicht, die vom Schuldner zu prästieren ist. Ferner: der Schuldner hat zu verhüten, dass andere thun. Falls einer seiner Kinder, seiner Hausgenossen doch thut, so ist natürlich die Unterlassungpflicht übertreten und der Schuldner haftet daraus. Nur mit der Anwendbarkeit des § 278 hat es seine Bedenken. Denn einmal kann man sehr häufig nicht sagen: Der Schuldner „bedient sich“ — z. B. seiner Kinder, seiner Ehefrau, die alle nicht in der bestimmten Wohnung Klavier spielen sollen — ihrer zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit“. Denn Uebertretung ist ja das Gegenteil von „Erfüllung der Verbindlichkeit.“ Man wird sich mit Wendt[79]) dahin entscheiden müssen, § 278 extensiv zu interpretieren. Etwa so, wie die entsprechende Bestimmung im H. G. B. § 431: Der Frachtführer hat ein Verschulden seiner Leute und ein Verschulden anderer Personen, deren er sich bei der Aus-

[79]) Oertmann a. a. O. S. 66.

führung der Beförderung bedient, im gleichen Umfange zu vertreten wie eignes Verschulden.

Es ist also auch bei Unterlassungsverbindlichkeiten eine Haftung für das Verschulden Dritter möglich.

IV. Kapitel.

A. Der Verzug des Schuldners.[80])

§ 14. Begriff und Voraussetzungen des Verzugs.

A. Es giebt kein Schuldverhältnis, kraft dessen der Gläubiger irgendwo und irgendwann eine Leistung fordern kann. Wesentlich für jedes Schuldverhältnis ist eine Angabe des Orts und der Zeit. Sind solche Vereinbarungen nicht von den Parteien getroffen, so treten die Bestimmungen des Gesetzes subsidiär ein. Das B. G. B. bestimmt im § 269 den Ort der Leistung und sagt im § 271: „Ist eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken". Nehmen wir an, es sei eine feste Zeit bestimmt, zu der geleistet werden soll, so ist eine Nichtleistung als eine Vorenthaltung einer der Sphäre des Gläubigers angehörigen Leistung rechtswidrig. Aus dem Worte „Vorenthaltung" geht hervor, dass angenommen wird, die Leistung, um die es sich handelt, sei noch möglich. Und wird ferner angenommen, der Schuldner habe etwas versprochen, was er leisten könnte, wenn er wollte, so sind damit sämtliche Merkmale des Begriffs des Verzuges gegeben. Verzug ist also die rechtswidrige Verzögerung einer möglichen Leistung infolge eines Umstands, den der Schuldner zu vertreten hat.

[80]) Es ist „Verzug" im juristisch-technischen Sinne gebraucht. Das B. G. B. braucht das Wort Verzug auch, wenn die Thatsache einer vom Schuldner zu vertretenden Nichtleistung vorliegt. Darunter fallen sowohl die Fälle, in denen nach Eintritt des Verzuges die Leistung noch möglich ist (Verzug im technischen Sinne), wie die, in denen die Leistung nach Eintritt der Fälligkeit total unmöglich ist (vgl. B. G. B. § 339, S. 1).

Oder wie Mommsen[81]) definiert: „Verzug ist eine vom Schuldner ausgehende, willkürliche und zugleich rechtswidrige Verzögerung der Erfüllung einer ihm bekannten, obligatorischen Verpflichtung". Das B. G. B. hat den Verzug nicht definiert. Aber es hat eine Bestimmung des Wortes „unverzüglich" im § 121 gegeben: „Unverzüglich" ist „ohne schuldhaftes Zögern". Wenn wir nun die objektive Seite der Verschuldung in einer auf die Willensbethätigung des Schuldners zurückgehenden Rechtswidrigkeit erblicken und die subjektive in einem Willensfehler des Schuldners, so erhalten wir den Begriff ohne weiteres aus § 121: Verzug ist rechtswidrige Verzögerung der Leistung infolge eines Umstands, den der Schuldner zu vertreten hat.

Der Verzug hat demnach, ebenso wie die Verschuldung, eine objektive und eine subjektive Seite. Aber trotzdem bestehen zwischen Verschulden und Verzug erhebliche Abweichungen.[82])

Der objektive Thatbestand beim Verschulden ist eine Rechtsverletzung.

In dieser Weise muss sich der Wille des Schuldners immer äussern. Die blosse Richtung des Willens auf die Rechtsverletzung ist eine für das Recht belanglose, innere Thatsache. Da aber nicht jedes Schuldverhältnis einen fest bestimmten Leistungszeitpunkt hat, sondern in vielen Fällen aus den Umständen zu entnehmen ist, wann geleistet werden soll, weil ferner der Gläubiger garnicht darauf rechnet, dass in einem bestimmten Momente geleistet wird, darum ist beim Verzuge das objektive Moment nicht so ohne weiteres gegeben wie bei der Verschuldung. Es tritt ja kein Verzug ein, wenn eine fällige Leistung nicht gemacht wird. Vom Fälligkeitspunkt an kann der Gläubiger die Leistung fordern. Fordert der Gläubiger nicht, und war der Fälligkeitszeitpunkt ein nicht kalendermässig fest bestimmter, so muss der Gläubiger den Schuldner mahnen. Diese Mahnung soll den Zeitpunkt

---

[81]) II a. a O. S. 24. Ebenso Enneccerus S. 486, Rehbein S. 121, Titze S. 41.

[82]) Vgl. Mommsen II S. 21 ff.

genau festsetzen, von dem ab der Gläubiger thatsächlich fordert. Und von diesem Zeitpunkt an hat Schuldner innerhalb einer sich nach Treu und Glauben bemessenden Zeit zu leisten, sonst gerät er in Verzug. — Daraus ist ersichtlich, dass die objektive Seite des Verzuges von verschiedenen Voraussetzungen abhängt, die für die objektive Seite der Verschuldung nicht vorhanden sind, bei der nichts weiter vorausgesetzt ist als Nichterfüllung eines bestehenden Schuldverhältnisses.

II. In subjektiver Beziehung hatten wir beim Verschulden verschiedene Grade der Verschuldung: Vorsatz und Fahrlässigkeit. Bei einzelnen obligatorischen Verhältnissen haftet man nur für Vorsatz, dem noch vom B. G. B. die grobe Fahrlässigkeit gleichgestellt wird; also nicht für die leichte Fahrlässigkeit im Sinne des § 276 S. 2 (z. B. § 521, § 599, § 680, § 968). Das ist beim Verzuge nicht der Fall. Bei allen obligatorischen Verhältnissen haftet man für Verzug schlechthin.

B. 1. Voraussetzung für den Verzug ist, dass ein gültiges, klagbares Leistungsversprechen vorhanden ist. Wenn also ein Spieler vom anderen eine Summe fordert, so kommt dieser nicht in Verzug, wenn auch alle übrigen Erfordernisse, die verzugsbegründend sind, erfüllt sind (§ 762, vgl. ferner § 656, § 222).

2. Diese Forderung muss fällig sein. Der Gläubiger muss die Forderung verlangen dürfen. Kann der Gläubiger erst die Leistung verlangen, wenn er dem Schuldner gekündigt hat, so ist sie erst nach Kündigung fällig.

3 Es muss regelmässig Mahnung erfolgt sein. Die Mahnung ist die erkennbare Aeusserung des Willens, die Leistung zu fordern.[83]) Die Mahnung muss nach Fälligkeit der Leistung erfolgen; sonst ist sie wirkungslos. Eine bestimmte Form braucht sie nicht aufzuweisen.

Der Mahnung sind gewisse Thatbestände, die im § 284 S. 2 angegeben sind, gleichgestellt; nämlich Erhebung der

[83]) So Rehbein a. a. O. S. 119; ebenso Schollmeyer a. a. O. S. 121. Dernburg a. a. O. S. 153.

Klage auf die Leistung sowie die Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren.

Einer Mahnung bedarf es nicht, wenn für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist. In solchem Falle ist der Schuldner sofort im Verzuge, wenn er nicht in einer sich nach § 242 bestimmenden Zeit der Leistungspflicht nachkommt. Das gleiche gilt, wenn der Leistung eine Kündigung vorauszugehen hat, und die Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen lässt. (§ 284 Abs. 2.)

4. Das blosse Nichtleisten des Schuldners trotz Fälligkeit der Leistung und trotz Mahnung bewirkt jedoch noch keinen Verzug. Der ist dann vorhanden, wenn die Leistung infolge eines Umstands unterbleibt, den der Schuldner zu vertreten hat (§ 285). Was der Schuldner zu vertreten hat, ergiebt sich aus dem Inhalt des einzelnen Schuldverhältnisses und aus dem oben sub A. gesagten.

§ 15. Der Verzug bei Unterlassungsverbindlichkeiten.

I. Im § 13 ist der Begriff des Verzuges dahin festgestellt worden, dass Verzug die rechtswidrige Verzögerung der Leistung ist, infolge eines Umstands, den der Schuldner zu vertreten hat. Die Voraussetzung des Verzuges ist, wie das Wort „Verzögerung“ besagt, dass die Leistung auch nach Eintritt des Verzugs noch möglich ist. Zur ordnungsmässigen Bewirkung einer fälligen Leistung gehört, dass sie an dem vertragsmässig bestimmten Zeitpunkt gemacht wird. Die Leistung muss ihrer gegenständlichen und örtlichen Seite nach dieselbe sein, auch wenn sie verspätet, d. i. im Verzuge — von allem übrigen Momenten kann hier abgesehen werden — geleistet wird. Nur das zeitliche Moment ist das nicht ordnungsmässig geschuldete. Sobald die Leistung durch ihre spätere Bewirkung eine ganz andere wird, wie bei Fixgeschäften, lässt sich von Verzug überhaupt nicht sprechen.

Wendet man diese Sätze auf Unterlassungsverbindlichkeiten an, so ergiebt sich, dass sich bei ihnen von Verzug nicht reden lässt. Eine Unterlassung kann prästiert werden oder

nicht. Ein Mittelglied, das man „verspätete Prästierung“ benennen könnte, kann garnicht gedacht werden. Wenn der Unterlassungsschuldner nicht unterlässt, so verzögert er nicht seine Leistung, sondern er thut das Gegenteil von dem, was er thun müsste. Damit entfällt aber das Hauptmoment des Verzugs, für dessen Vorliegen es erforderlich ist, dass die Leistung nach Eintritt des Verzuges nachgeholt werden kann.

Und wenn wir die Voraussetzungen des Verzuges im einzelnen betrachten, so waren diese: Fälligkeit und Mahnung. Es sei hier unterschieden, dass die Unterlassung an einem bestimmten Zeitpunkt, und dass sie während eines Zeitraums geleistet werden soll.

1. Sollte die Unterlassung an einem bestimmten Zeitpunkt geleistet werden, und wird sie an diesem nicht geleistet, so kann von Verzug keine Rede sein. Denn im anderen Falle gäbe es überhaupt keine Uebertretung, was natürlich ausgeschlossen ist. An diesem Zeitpunkt kann die Leistung erst vom Gläubiger verlangt werden. Nicht vorher. Darum ist Mahnung nicht möglich, die ja, um wirksam zu sein, nach Fälligkeit erfolgen muss. Und nicht nachher. Wenn etwas in einem bestimmten Zeitpunkt gethan werden soll und unterbleibt, dann ist jede Möglichkeit zur Leistung entschwunden, wenn gerade an diesem Zeitpunkt nicht geleistet worden ist. Damit entfällt also die Möglichkeit der Nachholung.

2) Sollte die Unterlassung während eines Zeitraums geleistet werden und wird sie auch nur während eines Moments nicht geleistet (vgl. oben § 4), so kann von Verzug auch nicht die Rede sein. Denn es fehlt die Möglichkeit der Nachholung. Denn selbst angenommen, dass der Schuldner nach der Uebertretung wieder unterlässt; und ferner angenommen, diese nach der Uebertretung prästierte Unterlassung liege noch innerhalb der Zeit, für die der Schuldner zu unterlassen versprochen hat, so würde die Unterlassung ja geschuldet sein, also keine Nachholung der Unterlassung sein, die in dem Moment hätte prästiert werden müssen, in dem sie thatsächlich übertreten worden ist. Und nach Ablauf

der ganzen Zeit, während der unterlassen werden sollte, ist natürlich eine Nachholung, weil nicht geschuldet, ausgeschlossen.

Ferner in welchem Zeitpunkte soll denn der Schuldner gemahnt werden? Solange er unterlässt, ist Mahnung ausgeschlossen. Und sie ist überflüssig, nachdem übertreten worden ist. Innerhalb dieser beiden Zeitpunkte — vom letzten Momente des Unterlassens bis zum Momente der Uebertretung — giebt es keinen, in dem gemahnt werden könnte. Man könnte vielleicht noch daran denken, dass der Gläubiger zufällig von der Absicht des Schuldners, er wolle übertreten, erfährt. Dann kann er ihn auffordern, vertragsmässig zu unterlassen. Das wäre aber keine Mahnung im technischen Sinne. Die Mahnung soll den Zeitpunkt fest bestimmen, von dem ab der Gläubiger fordert. Das ist aber hier ausgeschlossen, nachdem der Schuldner schon eine Zeit lang — nämlich bis zur Uebertretung — ordnungsmässig geleistet hat, d. h. so unterlassen hat, wie der Gläubiger das zu verlangen berechtigt war und verlangt hat.

Es lässt sich also, selbst wenn man alles noch so sehr zuspitzt, nicht von Verzug bei Unterlassungsverbindlichkeiten reden. —

II. Nun spricht das Gesetz gerade bei Unterlassungsverbindlichkeiten von Abmahnung, und es könnte scheinen, dass die Abmahnung bei Unterlassungsverbindlichkeiten dieselbe Bedeutung haben soll, wie die Mahnung bei positiven.[84])

Allein in den Fällen, in denen das Gesetz eine Abmahnung fordert, handelt es sich nur darum, die Voraussetzungen der Unterlassungsklage festzustellen. So bestimmt z. B. § 550:

> „Macht der Mieter von der gemieteten Sache einen vertragswidrigen Gebrauch und setzt er den Gebrauch ungeachtet einer Abmahnung fort, so kann der Vermieter auf Unterlassung klagen."

Hier wird der Vermieter in die Lage gesetzt, auf den Willen des die gemietete Sache schädigenden Schuldners in einer im

[84]) Vgl. Wendt a. a. O. S. 68.

Civilrecht ganz ungewöhnlichen Weise einzuwirken. Durch Strafen, die vom Gericht für jede Zuwiderhandlung verhängt werden, soll ein kompulsiver Zwang[85]) auf den Schuldner ausgeübt werden, die Unterlassung zu prästieren (C P. O. § 890). Das erfordert freilich anderseits, dass alles vorher versucht wird, dass vor allem jeder Irrtum des Schuldners über seine etwa vorhandene Berechtigung zum Gebrauch beseitigt wird. Zunächst geschieht das dadurch, dass der Gläubiger den Schuldner abmahnt; das bedeutet: der Schuldner mache nach der Meinung des Gläubigers einen vertragswidrigen Gebrauch; diesen soll er unterlassen. Genügt diese Aufforderung des Gläubigers nicht, so soll das Gericht den Schuldner zur Unterlassung verurteilen und auf Antrag des Gläubigers für jede Uebertretung eine Strafe androhen.

Das Wort „Abmahnung" bei Unterlassungsverbindlichkeiten hat nicht den korrespondierenden Inhalt der Mahnung bei positiven Handlungen. Durch Mahnung bekundet der Gläubiger, dass er die geschuldete Leistung fordert; durch Abmahnung verlangt der Gläubiger die Beseitigung einer vertragswidrigen Handlung.

Mahnung ist Voraussetzung für den Eintritt der Verzugswirkungen. Abmahnung und Verzug haben mit einander nichts zu thun; man könnte vielleicht eher sagen, sie schliessen einander insofern sogar aus, als bei vorliegendem Verzuge noch nicht geleistet worden ist, obwohl hätte geleistet sein sollen. Bei Abmahnung ist gethan worden, also nicht mehr geleistet worden, obwohl noch geleistet werden müsste. Bei Unterlassung müsste, damit von „Verzug" geredet werden könnte, ein Mittelglied gefunden oder gedacht werden können zwischen Leisten und Nichtleisten. Solange geleistet wird, wird ja gethan, was verlangt und geschuldet wird, wird nicht mehr geleistet, dann wird übertreten, nicht verzögert. Ein

[85]) Für die Beseitigung des Widerstands gegen Handlungen, die der Schuldner zu dulden hat, gewährt C. P. O. § 892 direkten Zwang (durch den Gerichtsvollzieher, der nötigenfalls die Unterstützung polizeilicher Vollzugsorgane nachsuchen kann. § 758, Abs. 3.)

Anders-Leisten, also ein verspätetes Leisten ist hier ausgeschlossen.

II. Während nun fast alle Schriftsteller[86])[87]) in kurzen Anmerkungen die oben vertretene Meinung billigen, dass Verzug bei Unterlassungsverbindlichkeiten keine Stelle habe, allerdings ohne eine Wort der Begründung, ist Stammler anderer Ansicht. Er bildet folgendes Beispiel: Ein Gelehrter schloss mit einem benachbarten Schlossermeister einen Vertrag ab, wonach letzterer sich verpflichtet, zu bestimmten Stunden in seinem Hofe sein Gewerbe nicht zu betreiben, wofür ihm jener 500 Mk. giebt. Das Geld wird bezahlt; nach einiger Zeit hämmert es drüben wie zuvor. — Nach B. G. B. wäre nach Stammler so zu verfahren: „Der Schlossermeister ist zu mahnen, vertragsmässig zu unterlassen, unter Ansetzung einer Frist. Verläuft diese fruchtlos, so ist Rücktritt möglich." Stammler folgert die Berechtigung dieser Auffassung aus § 339, S. 2. „Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung der Vertragsstrafe mit der Zuwiderhandlung ein." „Aus dieser abweichenden Regelung gehe hervor, dass es bei Unterlassungen im Falle des Verzuges bei den allgemeinen Regeln bleiben muss.[88])

Aus demselben Satze des § 339 folgert Dernburg, dass es bei Unterlassungsverbindlichkeiten keinen Verzug geben könne. Das zeige das Wort „Zuwiderhandlung".[89])

M. E. liegt in der Bemerkung Stammlers „es müsse im Falle des Verzuges bei den allgemeinen Regeln bleiben", eine *petitio principii*. Es fragt sich ja gerade, ob und inwieweit überhaupt die allgemeinen Regeln des Obligationenrechts auf Unterlassungen anwendbar sind. Es kann doch daraus allein, dass das Gesetz eine abweichende Bestimmung für Unterlassungen giebt, nicht darauf geschlossen werden, dass es für Unterlassungen bei den in erster Linie für positive Leistungen

---

[86]) Dernburg a. a O. S. 19, Rehbein S. 118 [166], Schollmeyer 123 [5], Oertmann 44 [36], Titze 41d. Endemann 749 [4].

[87]) Ueber Wendt's Ansicht, siehe unten sub. III.

[88]) a. a. O. S. 145, Anm. 3.

[89]) a. a. O. S. 19.

berechneten Sätzen des Obligationenrechts sein Bewenden habe, wenn das Gesetz nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt. — Einen anderen Grund für seine Meinung führt Stammler nicht an; er dürfte sich auch kaum finden lassen. Das praktische Resultat, das Stammler aus § 326 entnimmt: *facultas alternativa* zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt, ergiebt sich ebenso aus § 325. Die Uebertretung der Unterlassungspflicht macht dem Schuldner die Leistung unmöglich. Den die Unmöglichkeit herbeiführenden Umstand hat Schuldner natürlich zu vertreten. Und für diesen Fall hat § 325 ebenfalls die *facultas alternativa* zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt.

III. Es bleibt noch übrig, Wendt's Aeusserung über die Möglichkeit des Verzuges bei Unterlassungsverbindlichkeiten zu betrachten.[90])

Wendt ist, soviel ich sehe, ebenfalls der Meinung, Verzug sei bei Unterlassungsverbindlichkeiten ausgeschlossen. Der Satz aber, der anscheinend die Beurteilung Wendts darüber enthält, ob Verzug möglich ist oder nicht, lässt auf den ersten Blick auf das Gegenteil schliessen. Wendt sagt:

> „Endlich wäre noch vom Verzuge speziell zu sprechen, wiederum in der Richtung, ob und inwieweit Unterlassungsverbindlichkeiten überhaupt geeignet sind, eine *mora solvendi* eintreten zu lassen". . . . „Bei den Unterlassungen wird es also ganz darauf ankommen, wie die Verbindlichkeit des Schuldners im einzelnen beschaffen ist."

Aus diesen Sätzen würde doch hervorgehen, dass es Fälle geben müsste, in denen nach Wendt Verzug denkbar sein müsste. Dass Verzug aber vorkommen könnte, lehnt Wendt ausdrücklich ab. Er unterscheidet die Fälle, in denen sich jemand zu einer Unterlassung verpflichtet, die zu einer bestimmten Zeit prästiert werden muss, von denen, in denen die Verpflichtung des Schuldners sich über einen Zeitraum hin erstreckt und sagt bezüglich dieser Fälle:

---

[90]) Vgl. Wendt a. a. O. S. 68 und 69, vgl. auch § 64.

1. Zum Teil wird aber schon die einmalige Zuwiderhandlung die Folge haben, lediglich Ersatzansprüche übrig zu lassen und dem Erfüllungsanspruch ganz zu beseitigen und dann hat der Begriff des Verzuges der Leistung überhaupt keine Stelle."

Hier wird also von Wendt für die erste Gruppe der Fälle die Verzugsmöglichkeit abgelehnt.

2. „Viele Fälle liegen ja so, dass der Schuldner sich von der Entstehung des Schuldverhältnisses an in immerwährender Erfüllung seiner Pflicht befindet, solange nicht eine Zuwiderhandlung ihn in Widerspruch mit derselben bringt. Unthätigkeit ist es ja, was von ihm verlangt wird. Hat er aber einmal das Gegenteil des ihm Auferlegten gethan, so kann von blossem Verzuge der Leistung auch nicht mehr die Rede sein, sondern es interessiert nur noch, ob eine Wiederholung der Zuwiderhandlung zu befürchten ist, und wie derselben vorgebeugt werden könne." Hier lehnt also Wendt die Verzugsmöglichkeit auch für die zweite Gruppe der Fälle ab. Demnach muss der Satz: „Bei Unterlassungen wird es also ganz darauf ankommen, wie die Verbindlichkeit im einzelnen beschaffen ist", etwas anderes bedeuten als Wendts Beurteilung darüber, ob Verzug bei Unterlassungsverbindlichkeiten möglich ist. Bei näherem Zusehen merkt man, dass Wendt sich mit der Frage beschäftigt, was der Gläubiger verlangen kann, wenn der Schuldner seiner Unterlassungspflicht zuwidergehandelt hat. Und da bleiben in der ersten Gruppe der Fälle für den Gläubiger „lediglich Ersatzansprüche" übrig. In der zweiten Gruppe bleiben demnach nicht „lediglich" Ersatzansprüche, sondern noch der Erfüllungsanspruch. Das geht aus dem sub 1) citierten Satze deutlich hervor: „Zum Teil wird aber schon die einmalige Zuwiderhandlung die Folge haben, lediglich Ersatzansprüche übrig zu lassen und den Erfüllungsanspruch ganz zu beseitigen". . . . .

Wendt ist demnach auch der Meinung, dass Verzug bei Unterlassungsverbindlichkeiten als ausgeschlossen anzunehmen ist. Der Satz: „Bei Unterlassungsverbindlichkeiten wird es also ganz darauf ankommen, wie die Verbindlichkeit im einzelnen

beschaffen ist", ist irreführend, weil es aus dem Zusammenhange, in dem er steht, hervorgehen könnte, Wendt wolle sich über die Möglichkeit oder Nichtmöglichkeit des Verzuges bei Unterlassungsverbindlichkeiten äussern. In Wirklichkeit stellt er die Ansprüche des Gläubigers, die nach erfolgter Uebertretung in den beiden Gruppen verschieden sind, einander gegenüber. — Hier sind die verschiedenen Ansprüche des Gläubigers, also ob er lediglich Ersatzansprüche hat oder noch einen Erfüllungsanspruch, nicht zu behandeln. Hier handelt es sich nur um die Frage, ob Verzug möglich ist, oder nicht. Und diese Frage ist zu verneinen.

B. Der Verzug des Gläubigers.

§ 16. Ist Verzug des Gläubigers bei Unterlassungsverbindlichkeiten denkbar?

Nachdem im vorigen Paragraphen nachzuweisen versucht wurde, dass von Verzug bei Unterlassungsverbindlichkeiten nicht gesprochen werden kann, ist es vielleicht nicht noch besonders erforderlich, vom Verzuge des Gläubigers bei Unterlassungsverbindlichkeiten zu sprechen. Die Motive[91]) haben aber, gestützt auf einige Schriftsteller,[92]) angenommen, dass der Gläubigerverzug kein „Verzug" wäre. Sie sagen darüber: „Aus der Unterbringung der Vorschriften über den Verzug des Schuldners und den Verzug des Gläubigers in besonderen Titeln ergiebt sich, soweit dies überhaupt erforderlich sein sollte, zur Genüge auch äusserlich, dass nach der Auffassung des B. G. B. beide keineswegs Unterbegriffe eines gemeinsamen Gattungsbegriffs bilden, bezw. dass Schuldner und Gläubiger in Ansehung der von ihnen bei Aufhebung der Obligation durch Erfüllung zu entwickelnden Thätigkeit unter ganz verschiedenen Gesichtspunkten stehen.

Einige Schriftsteller[93]) halten diese Teilung für rein äusserlich, und meinen, der Grundgedanke sei hier derselbe

[91]) II, S. 69.

[92]) Vgl. Mommsen II, a. a. O. S. 3, Planck, a. a. O. S. 68.

[93]) Vgl. Endemann, a. a. O. S. 785[1], Dernburg, a. a. O. S. 164.

wie beim Schuldverzuge. Dieser Meinung ist beizupflichten. Das Ergebnis der Frage, ob Gläubigerverzug denkbar ist, ist aber nicht davon abhängig, dass man sich dieser Meinung anschliesst. Wirft man nun einen Blick auf die Voraussetzungen des Gläubigerverzuges, so sieht man, dass zunächst die Leistung dem Gläubiger so angeboten werden muss, wie sie zu bewirken ist Dass man von „Angebot einer Unterlassung" in dem Sinne des § 294 nicht reden kann, liegt klar auf der Hand. Das, was angeboten wird, muss abgenommen werden können. Oder allgemeiner: Es muss eine Mitwirkung des Gläubigers überhaupt erforderlich sein. Wenn man zu einer Unterlassung verpflichtet ist, so ist eine Mitwirkung des Gläubigers im Falle, dass der Unterlassungsschuldner die Leistung ordnungsgemäss prästiert, vollkommen unnötig. Wenn eine Leistung in Frage steht, die der Schuldner ohne Mitwirkung des Gläubigers vornehmen kann, dann ist ein Verzug des Gläubigers begrifflich unmöglich. Und das ist bei Unterlassungen der Fall.

Wir kommen demnach zu dem Ergebnis, dass die Vorschriften des B. G. B. über Verzug auf Leistungen, die in einem Unterlassen bestehen, unanwendbar sind. –

Anhang.

§ 17. Unmöglichkeit und Verzug.

I. Unmöglichkeit und Verzug des Schuldners.

Im Anschlusse an Planck[94]) haben die Motive[95]) den Verzug als eine teilweise Unmöglichkeit definiert; nämlich als Unmöglichkeit der Zeit nach. Die Stelle lautet: „Der Verzug des Schuldners involviert eine von demselben zu vertretende teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung der ihm obliegenden Leistung, nämlich der Erfüllung in Ansehung der Zeit, zu welcher sie zu bewirken ist". In der That scheint dieser

[94]) Planck a. a. O. S. 64, vgl. auch Titze, a. a. O. S. 42; Krug a. a. O. S. 62.

[95]) II. S. 56.

Vergleich bei positiven Leistungen durchaus zuzutreffen. Da es aber nicht sowohl die Aufgabe der Wissenschaft ist zu vergleichen, sondern die Grenzpunkte möglichst scharf festzustellen, so wird man Endemann[96]) zustimmen müssen, der meint, dass durch diesen Vergleich die eigenartigen Wirkungen des Verzuges nicht verdeckt werden dürfen. Man wird sogar noch weiter gehen können. Durch den Vergleich wird auch zum Teil das Wesen des Verzuges verdeckt. Nicht bei der teilweisen Unmöglichkeit, wohl aber beim Verzuge ist Voraussetzung, dass die Leistung nachgeholt werden kann. Und das wurde oben für Unterlassungsverbindlichkeiten als ausgeschlossen betrachtet. Für Unterlassungsverbindlichkeiten trifft also dieser Vergleich zwischen Verzug und teilweiser Unmöglichkeit garnicht zu. Unzutreffend ist Dernburgs Bemerkung zu Plancks Definition: „Verzug bedeutet die durch den Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung in Ansehung der Zeit". Dernburg sagt:[97]) „Und doch ist zweifelsohne im Verzuge, wer leisten kann, aber böswillig nicht leistet". Dieser Satz fällt unter die Planck'sche Definition. Der Gedanke, der dieser zu Grunde liegt, ist der, dass eine Leistung, die an einem bestimmten Termine fällig ist, obligationsmässig nur an diesem bestimmten Termine gemacht werden kann.[98]) An einem anderen Termine ist die Leistung ebenso ein *aliud,* als wenn ein nicht geschuldeter Gegenstand geliefert würde. Wenn also der Schuldner böswillig am Fälligkeitszeitpunkte nicht leistet, so hat er sich eine ordnungsmässige Leistung unmöglich gemacht. Die verspätete Leistung ist ein *aliud*; die geschuldete kann nie mehr gemacht werden.

II. Unmöglichkeit und Verzug des Gläubigers.

Es giebt Fälle, in denen der Schuldner alles seinerseits Erforderliche gethan hat, um an den Gläubiger seine Leistung zu bewirken, in denen er aber trotzdem nicht in der Lage

---

[96]) a. a. O. S. 777[2].
[97]) a. a. O. S. 152[3].
[98]) Vgl. oben § 8, II.

ist, dies zu thun, weil der Gläubiger jede Mitwirkung, obwohl diese erforderlich ist, versagt. Dann sagt man, der Gläubiger gerate in Annahmeverzug. Man könnte nun leicht zu der Ansicht kommen, dass es hier dem Schuldner unmöglich ist zu leisten. Die Leistung ist weder dem Schuldner möglich noch einem anderen. So sagt Mommsen;[99]) „Alle diese Fälle stehen sich insofern gleich, als die Nichtannahme von Seiten des Gläubigers, sofern die Beschaffenheit der Leistung durch eine Annahme derselben bedingt ist, immer als Grund einer wahren Unmöglichkeit der Leistung betrachtet wird". Diese Ansicht Mommsens ist aus folgenden Gründen abzulehnen:[100]) [101])

1. Unmöglichkeit und Angebot der geschuldeten Leistung sind unvereinbare Gegensätze. Entweder eine Leistung ist unmöglich; dann kann sie nicht angeboten werden. Oder eine Leistung wird angeboten. Dann geht aus der Thatsache des Angebots hervor, dass sie möglich ist.

2. Dann ist es verwirrend, die beiden Begriffe nebeneinanderzustellen, weil die Rechtsfolgen, die jetzt das B.G.B. an die Thatbestände knüpft, ganz verschieden sind. Wenn die Leistung infolge eines Umstands unmöglich wird, den der Schuldner nicht zu vertreten hat, so wird er frei von der Leistungspflicht; er verliert aber den Anspruch auf die Gegenleistung (§ 323). Beide Rechtsfolgen sind beim Annahmeverzuge andere: Wenn der Gläubiger in Annahmeverzuge ist, wird der Schuldner nicht frei, sondern haftet entsprechend der §§ 300—304. Anderseits behält er aber den Anspruch auf die Gegenleistung. —

---

[99]) I, S 91.

[100]) Vgl. auch Titze a. a. O. S. 22.

[101]) Vgl. oben § 6 Anm. 19.

Mein Lebenslauf.

Ich bin am 27. Oktober 1879 zu Betsche, Posen, als Sohn des Kaufmanns Max Treitel und seiner Ehefrau Caecilie, geb. Oppenheim geboren Nach Absolvierung der Stadtschule meiner Heimatsstadt besuchte ich das Gymnasium zu Meseritz bis Ober-Sekunda, und nach Uebersiedlung meiner Eltern nach Berlin das Friedrichs-Werdersche Gymnasium, das ich 1899 mit dem Zeugnis der Reife verliess. Ich bezog die Friedrich-Wilhelm-Universität zu Berlin und studierte 6 Semester Jura, hörte auch philosophische, nationalökonomische und litterarische Vorlesungen. Ich hörte insbesondere die Herren Professoren Bornhak, Brunner, Burchardt, Dernburg, Dickel, Eck, Gierke, Heymann, Hübler, Huth, Kahl, Kohler, Kübler, Lasson, von Liszt, Oertmann, Pernice, Reinhold, Rehme, Sering, Schollmeyer, Strassmann, Wagner, von Wilamowitz-Möllendorf. Ich gestatte mir an dieser Stelle, meinen hochverehrten Lehrern meinen ehrerbietigsten Dank auszusprechen.

Am 16. Juni 1902 bestand ich vor dem Königlichen Kammergericht das Referendarexamen, wurde dem Amtsgericht zu Belzig überwiesen und am 2. Juli vereidigt.

Am 25. Juni bestand ich in Rostock das Rigorosum. Ich erlaube mir, Herrn Professor Dr. Bernhöft meinen ergebensten Dank für die Liebenswürdigkeit auszusprechen, mit der er sich der vorliegenden Arbeit angenommen und mich bei deren Umarbeitung durch seinen Rat gefördert hat.

Berlin, Mitte September 1902.

Der Verfasser.